

**Revista da  
Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul**

**VOLUMES 13/14 – 1997**

**COLEÇÃO ACADÊMICA DE DIREITO**



Av. Pernambuco, 2810 – 90240-002 – Porto Alegre-RS – Fone e Fax: (051) 346.1300  
Praça da República, 376/9º andar – 01045-010 – São Paulo-SP – Fone e Fax: (011) 224.9600  
Av. Nilo Peçanha, 50 – sala 1301 – 20044-900 – Rio de Janeiro-RJ – Fone e Fax: (021) 253.8168  
Internet: [www.edisin.com.br](http://www.edisin.com.br)  
E-mail: [edisin@ez-poa.com.br](mailto:edisin@ez-poa.com.br)

Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Professora Wrana Maria Panizzi – Reitora  
Professor Nilton Rodrigues Paim – Vice-Reitor

Faculdade de Direito  
Professor Eduardo K. M. Carrion – Diretor  
Professor Plínio de Oliveira Corrêa – Vice-Diretor

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
Professor Franz August Gernot Lippert – Diretor

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul. – Vol. 13/14 – Porto Alegre: UFRGS, 1997  
– Irregular – Continuação de: Revista da Faculdade de Direito  
de Porto Alegre, publicada de 1949-1974.

1. Direito : Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande  
do Sul

CDU 34(05)

Pede-se permuta  
*Pidese canje*  
*We ask for exchange*  
*On demande échange*  
*Wir bitten um Austausch*  
*Si richiede lo scambio*

REVISTA DA FACULDADE DE  
DIREITO DA UFRGS

Endereço para correspondência

Lippert Cesar e Cia. Advogados

Fone: (051) 231-7988 Fax: (051) 231-7989

Av. Padre Cacique, 320 – 5º andar – Bloco B

CEP 90810-240 – Porto Alegre, RS, Brasil



Av. Pernambuco, 2810 – CEP 90240-002

Porto Alegre-RS – Fone e Fax: (051) 346.1300

Praça da República, 376/9º andar – CEP 01045-010

São Paulo-SP – Fone e Fax: (011) 224.9600

Av. Nilo Peçanha, 50 – sala 1301 – CEP 20044-900

Rio de Janeiro-RJ – Fone e Fax: (021) 253.8168

Internet: [www.edisin.com.br](http://www.edisin.com.br)

E-mail: [edisin@ez-poa.com.br](mailto:edisin@ez-poa.com.br)

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

*Omne jus ex facto natum,  
sed ad hominem factum est*

Ruy Cirne Lima

Agradecimento

A direção da Revista da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
agradece à bibliotecária Cleide Antonia  
Manfredini por sua colaboração.

# Sumário

✱ Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro .....	76
• Almiro do Couto e Silva	
O Código de Defesa do Consumidor e os Contratos de Prestação de Serviços Educacionais .....	29
Carlos Roberto Barbosa Moreira	
Estado de La Doctrina y la Jurisprudencia en la Responsabilidad Medica .....	39
Celia Weingarten	
La Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas y la reforma del derecho de custodia y de visita en Alemania .....	51
Christoph Benicke	
✱ Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916 .....	71
• Claudia Lima Marques	
La Tutela del Cliente Bancario Desde la Ley de Defensa del Consumidor en el Derecho Argentino .....	99
Eduardo A. Barbier	
✱ Acesso à Justiça .....	117
Eduardo K. M. Carrion	
Tendências e Problemas Contemporâneos dos Direitos Fundamentais .....	123
F. A. Gernot Lippert	
El Tiempo Compartido .....	131
Graciela I. Lovece	
“El Sistema de Franchising y la Tutela de los Consumidores y Usuarios en el Derecho Argentino” .....	147
Manuel Cuiñas Rodríguez	
Funções do Estado .....	173
Marco Fridolin Sommer dos Santos	
A Experiência de Harmonização das Legislações na Europa – Harmonização Autônoma? .....	207
Michael R. Will	
A Disciplina do Direito de Recesso no Projeto de Reforma da Lei das Sociedades Anônimas .....	235
Paulo Lucena de Menezes	

# Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro\*

*Almiro do Couto e Silva*

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS.

**1** Os Códigos do século XIX e do início deste século representam o ápice de uma linha evolutiva do pensamento jurídico que vê na norma jurídica, especialmente na lei, a expressão da razão. O jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII e a ruptura com o absolutismo, que encontra sua forma mais violenta na Revolução Francesa, cimentaram as bases culturais e políticas para o triunfo da *ratio* sobre a *voluntas*, acabando por colocar os indivíduos e o próprio Estado *non sub homine, sed sub lege*<sup>1</sup>. A luta entre razão e vontade era antiga. Toda a baixa idade média se apaixona vivamente com as intermináveis discussões teológicas sobre se Deus seria prisioneiro da razão ou, se quisesse, tudo poderia, inclusive a transformação do pecado em virtude<sup>2</sup>. À imagem e semelhança de Deus concebido como vontade, liberto dos ditames e dos condicionamentos da razão, molda-se, na história

política, o monarca *legibus solutus*, tido e havido como *lex animata* sobre a terra, cujo desejo *legis habet vigorem*, pois era *dominus mundi, caput orbis e pater omnium*, segundo a terminologia colhida no *Corpus Iuris* e na obra dos glosadores e comentaristas. A fórmula célebre de Luiz XIV, *l'Etat c'est moi* exprime esplendidamente essa identidade entre o governante e o Estado, que fazia da vontade do dirigente político a lei suprema

É de notar-se, entretanto, que a total sujeição do indivíduo à vontade do monarca só se dava nas relações estabelecidas com o Estado, pois não existia o Direito Público, assim como nós hoje o entendemos, e cuja parte mais importante consiste, precisamente, na rigorosa disciplina dos vínculos travados pelos particulares com o poder estatal. O que então se designava como Direito Público eram apenas as regras pertinentes à organização do Estado. Fica claro, pois, que as relações entre os indivíduos

\* Conferência feita na Faculdade de Direito da UFMG, em 06.11.97, no Ciclo de Estudos Oitenta Anos de Código Civil.

1. Sobre isso, por todos, Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p.139 e ss.

2. Veja-se, Hans Welzel, *Derecho Natural y Justicia Material*, Madrid, Aguilar, 1957, p.101 e ss.



e o Estado não eram relações jurídicas, mas simples laços de subordinação ou de sujeição, pois situavam-se, a rigor, numa área "sem Direito". O único direito que existia era, assim, o direito privado, a que o próprio Estado por vezes se submetia, como proprietário ou gestor de interesses patrimoniais, aparecendo então como "fiscus", seguindo em tudo as linhas do desenho da instituição romana. O direito privado era, aliás, em grande medida, direito romano, cujo respeito e acatamento não se davam *ratione Imperii*, pois o Estado romano há muito desaparecera, mas *imperium rationis*, por força da excelência dos seus princípios e normas ou, numa palavra, da razão que, no seu conjunto, espelhavam.

O Estado de Direito que, na Europa continental surge com a Revolução Francesa, tem no princípio da legalidade um dos seus princípios estruturantes. O campo até então "sem Direito", das relações entre os indivíduos e o Estado, passa a ser integralmente coberto e compreendido pelo Direito, não se admitindo, sob nenhuma hipótese, que a autoridade pública interfira na liberdade ou na propriedade dos indivíduos sem autorização legal. A lei que é criada para reger essas novas situações não tem, por certo, a garantia de racionalidade que a pátina do tempo e do longo percurso de experiência histórica davam aos preceitos do direito romano. Ela resulta, entretanto, da "vontade geral" do povo, como pretendia Rousseau<sup>3</sup>. E, precisamente por

ser manifestação do que quer a maioria dos cidadãos, muito dificilmente se desviará da razão. O consenso democraticamente estabelecido impunha-lhe, de certo modo, a marca e o selo da racionalidade. Só muito mais tarde é que se compreenderá - e os horrores do nazismo serão decisivos para que isso ocorra - que a lei nem sempre é justa e que o direito positivo nem sempre corresponde aos ideais de justiça.

2. As grandes codificações do século passado e as do início deste século realizam-se numa fase em que as etapas da evolução do direito que sucintamente descrevi estão, senão completas, pelos menos em final de elaboração. Já se encontra, então, de qualquer maneira, consolidado, ao influxo das idéias de Rousseau, o novo conceito de lei. E é sob a forma de lei que os códigos serão editados. Pode-se dizer, assim, que as codificações submeteram-se a duplo teste de racionalidade. Por um lado porque os códigos acolhem nos seus textos, como realçado, um conjunto de normas cuja adequação ao corpo social em larga parte estava provada e comprovada por quase dois mil anos de aplicação, não se podendo supor ou imaginar que aquele complexo de regras fosse contrário à razão. E, por outro, porque, assumindo eles a natureza de lei, a expressão da vontade geral, convertiam-se desde logo na razão sem paixão de que já falava Aristóteles. Justiça e lei, nesse contexto, tornam-se noções coincidentes. A justiça está revelada no direito positivo.

3. *Du Contrat Social*, Livro II, cap. VI: "Sur cette idée, on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire des lois, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale; ni si le prince est au-dessus des lois, puisqu'il est membre de l'Etat; ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui même; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés" (o destaque é nosso).

Dessa maneira, os postulados racionalistas transpostos para a órbita do Direito conduziram, numa evolução natural e por vertentes distintas, ao positivismo jurídico, árvore que tem, nas codificações modernas, talvez os seus mais belos frutos. Bem por isto os códigos foram concebidos como obras destinadas à perenidade. São textos que se inculcam como exaustivos e definitivos, isentos de lacunas, a que os juizes e aplicadores estão jungidos por laços de estrita dependência. A essas considerações deverá ainda acrescentar-se que os Códigos mais recentes, como é o caso do nosso Código Civil, foram tributários do gigantesco esforço de análise e sistematização empreendido pela pandectística alemã do século XIX, que, trabalhando de modo especial sobre o direito romano, acentuou consideravelmente o aspecto da racionalidade de suas normas. Na verdade, o cientificismo jurídico, que foi o método de que se serviu a pandectística e que encontrou sua expressão maior na *Begriffsjurprudenz*, se propunha a organizar e articular toda a matéria jurídica num sistema completo, limado e polido outra vez pela razão, e tão densamente fechado que impossibilitasse o juiz, ele próprio formado nessa ciência jurídica, de rebelar-se contra a sua lógica interna.

3. O caráter de monumento cultural, que se predicava aos códigos e até mes-

mo às grandes consolidações de épocas remotas, exigia que suas normas fossem enunciadas com clareza, precisão e apuro de linguagem. Cícero refere que, criança, aprendera de cor, na escola, as XII Tábuas, cujas regras eram fáceis de guardar na memória, pela sua concisão e ritmo. Stendhal dizia que costumava ler o *Code Civil*, para aprimorar o estilo. Rui Barbosa, na crítica que fez, no Senado, ao projeto de Código Civil, deixa de lado as questões jurídicas e limita-se a apontar os erros ou imprecisões vernaculares, dando causa a imensa e bem conhecida polêmica. Esses três testemunhos, feitos em três momentos históricos, mostram bem que a obra legislativa com a superior vocação de perenidade que possuem as grandes consolidações e, mais ainda do que elas, os códigos, precisava ser obra perfeita, tanto pelo conteúdo como pela forma.

É nessa moldura de idéias e concepções que é editado em 1916 e passa a vigor, em 1917, o Código Civil Brasileiro. Conquanto seja codificação que se realiza e completa na segunda década deste século, reflete o clima e a atmosfera cultural do século anterior, tingindo-se assim, já no seu nascimento, de um certo anacronismo, como tem sido reconhecido<sup>4</sup>. Volvidos mais de oitenta anos do término de sua elaboração e do início da sua vigência, quando já se encontram apagados ou esmaecidos mui-

4. Clovis V. do Couto e Silva, *Le Droit Civil Brésilien - Aperçu Historique et Perspective d'Avenir*, in *Quaderni Fiorentini*, 18 (1989), p.155 ou, em versão portuguesa, mais recentemente, in *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Liv. do Advogado, 1997, p.19. Não se disse, aliás, coisa diferente do BGB. Relembrem-se, por exemplo, estas palavras de Gustav Boehmer: "Em seu sistema, técnica legislativa e estilo, bem como no seu 'espírito' político, social e econômico, o BGB é muito mais um filho do século XIX do que mãe do século XX" (*Einführung in das Bürgerliche Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1965, p.83", repetindo, de resto, um juízo de Franz Wieacker, que via no BGB um fruto e não uma semente do pensamento jurídico (*História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Gulbenkian, 1980, p.548).

tos dos traços que eram fortes e vivos à época da sua entrada em vigor, como a fé inabalável na ciência, a crença no positivismo jurídico e no valor sem contraste da dogmática jurídica, a identidade entre direito positivo e justiça ou mesmo entre lei e justiça ou lei e razão, quando, enfim, se põe seriamente em dúvida a utilidade das codificações, havendo quem diga, como Natalino Irti<sup>5</sup>, que estamos vivendo a época da “descodificação”, a preocupação em identificar qual a carga de romanismo e de germanismo que se transmitiu ao nosso Código Civil revela, é obvio, preocupação eminentemente histórica.

4. Para essa tarefa, que se poderia chamar de genealogia cultural, cumpre, em primeiro lugar, que se esclareça o que há de se entender por romanismo ou germanismo. É por todos sabido que há considerável influência do direito romano, assim como também, embora em menor medida, do direito germânico no Código Civil Brasileiro. As dúvidas e dificuldades começam a surgir, porém, quando se tem presente o fato de que o direito romano consiste numa experiência, como direito da nação romana, de aproximadamente mil anos. Após o ocaso do Império Romano do ocidente, ele sobrevive ainda, embora em forma vulgar, decadente, degradado e corrompido, como direito dos povos bárbaros que dominam a Europa e, igualmente, no direito bizantino. No século XII, com Irnério e a Escola de Bolonha, é ele redescoberto e reestudado, para ser, depois, recebido como direito co-

mum, de caráter subsidiário, na maior parte dos países europeus, formando, com a filosofia grega e a religião cristã, a base de cultura da assim chamada civilização ocidental.

Houve, portanto, vários direitos romanos. Sem preocupação de exaustividade, pode-se falar num direito romano do período arcaico, em outro do período clássico, em outro do período pós-clássico, em outro da codificação justinianéia, em outro dos glosadores, em outro dos comentaristas, em outro da pandectística alemã do século XIX. Dessas distintas expressões do direito romano é assente que a mais pura é a que corresponde ao período clássico, ou seja, o período que compreende os dois primeiros séculos do Principado, do mesmo modo como não se discute que a mais científica é a da pandectística. O direito romano do período clássico é uma sistema jurídico aberto, como o chamou Fritz Schulz, criando a distinção, que faria sucesso, entre sistemas jurídicos abertos e fechados<sup>6</sup>, embora nem aqueles sejam inteiramente abertos e nem estes completamente fechados. Os Códigos, sabidamente, dão origem a sistemas jurídicos fechados, na medida em que o aplicador parte das normas nele contidas, tratando de fazer a subsunção do caso concreto nesses preceitos. Nos sistemas abertos, a autoridade investida de dizer o direito parte do caso, chegando-se, pelos precedentes acumulados e por um processo de progressiva abstração, à fixação de um elenco de normas jurídicas<sup>7</sup>. A frase de Paulo, *non*

*ex regula ius summatum, sed ex iure quod est regula fiat*<sup>8</sup> reflete exemplarmente a importância primordial do caso na construção do sistema jurídico romano e a *forma mentis* dos juristas clássicos. Assim, ainda que o direito romano clássico tivesse sofrido, sob Adriano e com o *Edictum Perpetuum*, uma significativa redução da “abertura” do sistema, não foi ele, entretanto, o que acabou por influenciar o Código Civil Brasileiro. Para que bem se compreenda a questão, deve-se esclarecer, a esta altura, que, exceto a fixação, feita por Sálvio Juliano, dos editos dos pretores no *Edictum Perpetuum*, o direito clássico romano, a seu tempo, jamais foi consolidado ou codificado. Como direito de juristas, consistia principalmente em manifestações esparsas de jurisconsultos, que conhecemos tão somente pelo Digesto, que é a parte mais importante do *Corpus Iuris Civilis*, e assim mesmo de uma forma muito imperfeita. A reprodução, no Digesto, das opiniões dos jurisconsultos freqüentemente não respeita a pureza original. Os fragmentos das obras clássicas sofrem, por vezes, mutilações. Outras vezes são submetidos a modificações ou acréscimos, conhecidos como interpolações, cuja identificação nem sempre é fácil de fazer, desafiando muitas delas, até hoje, a argúcia e a ciência dos eruditos. Desse modo, o legado que o direito romano deixou ao nosso Código Civil não consistiu no conjunto de instituições, idéias e conceitos tal como fo-

ram elaborados ou aperfeiçoados na sua idade de ouro.

5. O direito romano chegou ao nosso Código Civil sobretudo pela obra da codificação justinianeia, filtrada pela experiência jurídica portuguesa, na qual, quase desde as suas origens, exerceu importantíssima função como direito subsidiário, ao lado do direito canônico<sup>9</sup>. Nota Guilherme Braga da Cruz que já no decurso do século XIII, ao completar-se o seu primeiro século como reino independente, Portugal se liberta do direito leonês e castelhano para decididamente incorporar-se ao movimento que, tendo centro dominante em Bolonha, irradia por quase toda a Europa continental o direito romano justinianeu e o direito canônico<sup>10</sup>. É ainda o mesmo reputado autor quem observa que a intensa atividade legislativa verificada nos reinados de Afonso II e Afonso III é toda ela profundamente vinculada pelo direito justinianeu, assim como pelo direito canônico. E esse quadro completa-se, sob D. Dinis, no ocaso do século XIII, com a criação do Estudo Geral, semente de onde brotaria a universidade portuguesa, dentre cujas disciplinas o direito romano e o canônico ocupavam posição de realce<sup>11</sup>. Levará, porém, algum tempo até que o direito português passe a beber diretamente nas fontes romanas. A estas tinha acesso, apenas, o reduzido número das pessoas que liam latim e que haviam tido a ocasião de estudar em universidades es-

5. *L'Età della Decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1989.

6. *Geschichte der Römische Rechtswissenschaft*, Weimar, Hermann Böhlau, 1961, p. 83-84.

7. Max Kaser, *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains*, in *Romanitas*, vol.5, p. 106-123.

8. D.50, 17, 1.

9. Sobre isso, por todos, o magnífico ensaio de Guilherme Braga da Cruz, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, in *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 10 p.11 e ss.

10. *idem*, *ibidem*, p. 18 e ss.

11. *idem*, *ibidem*, p. 24 e ss.; Marcelo Caetano, *História do Direito Português*, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1981, p.340 e 283 e ss.

trangeiras ou na recém criada universidade portuguesa. Os demais, quando aplicados aos misteres da justiça ou da administração do reino, estabeleciam contato com o direito romano ou com o direito canônico mediante textos que só indiretamente os espelhavam, como sucedia com as coletâneas jurídicas castelhanas, ordenadas por D. Afonso o Sábio, o *Fuero Real* e as *Siete Partidas*, manuseadas no original ou em tradução portuguesa<sup>12</sup>.

6. Fosse como fosse, o certo é que o incipiente direito português era ainda um corpo de normas muito incompleto e lacunoso, cujos defeitos se faziam mais evidentes porque estendido sobre um direito subsidiário que se apresentava como um tecido denso, rico, de extraordinária abrangência e que respondia, quase sempre, às dúvidas e questões postas a cada momento pela opulenta e variada sucessão dos casos concretos. Não é de espantar, portanto, que, nessas circunstâncias, a vida jurídica se pautasse prevalentemente pelo direito subsidiário, representando o direito propriamente lusitano um modesto papel.

Com o andar do tempo, entretanto, cresce o número dos interessados em conhecer o direito romano nos seus próprios mananciais, passando esses estudiosos a re-criminar as obras de segunda mão que o divulgavam e a protestar, sobretudo, contra a aplicação das *Siete Partidas* às causas em julgamento, quando elas deveriam ser decididas pelos preceitos romanos, assim como estavam inscritos na obra de Justiniano. À pressão dessas exigências é

que começam a circular, no século XV, traduções da obra legislativa justinianeia e de textos do direito canônico, bem como da Glosa de Acúrsio e dos Comentários de Bártolo, afastando-se definitivamente, do campo do direito subsidiário, as contribuições do direito castelhano. A partir daí os conflitos que se irão estabelecer serão entre o direito romano e o direito canônico, por um lado e, por outro, entre o direito português e o direito romano e canônico, como direito subsidiário. Com a promulgação das Ordenações Afonsinas, em 1446 ou 1447, este último conflito é solvido com a declaração da prevalência do direito português sobre o direito subsidiário. Esse estado de coisas perdura nas Ordenações Manuelinas, do início do século XVI e nas Ordenações Filipinas, do começo do século XVII (1603) que tornam a afirmar a preeminência das fontes imediatas do Direito, consistentes nas leis nacionais, estilos da Corte e costumes do Reino sobre o direito subsidiário. Na hipótese de o direito romano e o direito canônico não terem solução para o caso concreto, dever-se-ia recorrer à *Glosa Magna* de Acúrsio ou à opinião de Bártolo. Contudo, desde as Ordenações Manuelinas, nas suas duas versões, a autoridade dos textos de Acúrsio e Bártolo ficou condicionada a sua concordância com a opinião comum dos doutores.

7. Em breves linhas e seguindo sempre os passos de Braga da Cruz, é assim que se descreve, sob o aspecto formal, a questão da hierarquia das fontes do direito em Portugal e, desde o descobrimento, também,

por consequência, no Brasil. Materialmente, entretanto, a prática jurídica muito comumente subvertia essa hierarquia, dando primazia ao direito subsidiário, notadamente ao direito romano, em detrimento do direito nacional.

Não se modifica essa situação até o advento das reformas pombalinas, com a edição da Lei de 18 de agosto de 1769, conhecida como Lei da Boa Razão e da Carta de Lei, que, em 1772, aprovou os novos Estatutos da Universidade de Coimbra. Tais reformas orientam-se pelas idéias que amplamente circulavam no século das luzes e que, na área jurídica, se exprimem no jusnaturalismo racionalista e no *usus modernus pandectarum*. A boa razão, a *recta ratio*, passa a ser, desde então o critério por excelência a comandar a interpretação e a integração de lacunas. O direito romano só persiste como direito subsidiário quando expresse a razão natural, a qual, pouco adiante, já nos primeiros anos do século XIX, poderá estar mais bem refletida na legislação de outros povos, especialmente nas codificações e, dentre estas, no Código de Napoleão, que é o que goza de maior prestígio. Com a edição do Código Civil Português, de 1867, cessa, em Portugal, a vigência das Ordenações Filipinas e, pois, do direito romano como direito subsidiário.

8. No Brasil, com a Independência, foi desde logo adotada a legislação portuguesa<sup>13</sup>, como medida que se pretendia fosse manifestamente provisória, pois a Constituição Imperial de 1824, no seu art.

179, parágrafo 18, solene e incisivamente determinava que se organizasse "*quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade*". O Código Criminal, efetivamente, não demorou muito a vir. Foi editado em 1830 e quase vinte anos após ganhava a nação o seu Código Comercial. No que toca, porém, ao Código Civil, circunstâncias várias, que não cabe nesta ocasião retrair, retardaram sua feitura. Será indispensável, entretanto, aqui mais uma vez prestar homenagem ao gênio de Teixeira de Freitas que, com a sua *Consolidação das Leis Civis* e o seu *Esboço*, pôs-se adiante do seu tempo, inserindo em sua obra as propostas pioneiras de uma parte geral para o Código e a unificação das obrigações civis e comerciais, muito antes de o Código Civil alemão, de 1900, e o Código Suíço das Obrigações, de 1912, respectivamente, adotarem uma e outra dessas soluções.

O espaço de quase um século transcorrido entre a Constituição de 1824 e o nosso Código Civil alongou exageradamente a vigência, no campo das relações privadas, de um verdadeiro mosaico normativo, confuso, impreciso, caótico, no qual as Ordenações Filipinas, de 1603, eram a parte principal, a que se misturavam, porém, textos de legislação portuguesa e brasileira, tendo ainda como direito subsidiário, a que se recorria a cada passo, não apenas o direito romano, com os condicionamentos introduzidos pela Lei da Boa

12. *idem*, *ibidem*, p.29.

13. Lei de 20 de outubro de 1823.

Razão, mas também o que se convencionou chamar o direito dos povos cultos<sup>14</sup>.

Carlos de Carvalho, no prefácio que escreveu em 1889 para sua *Nova Consolidação das Leis Civis*, assim retrata o direito brasileiro daquele fim de século, fazendo pensar no tormento que deveria ser para os juizes, advogados, estudantes e os que, por quaisquer motivos, devessem aprendê-lo, interpretá-lo e aplicá-lo: "O direito romano", diz ele, "principalmente pela lição alemã de Heineccio, Waldeck, Savigny, Puchta, Muhlenbruch, Mackeldey e Varkoenig, para não falar nos compêndios franceses e belgas, o direito francês por Domat e Pothier e pelos comentários doutrinários do Código de Napoleão, isto é, pelo método exegético, Merlin e Dalloz e os códigos de outras nações, pela Concordance de St. Joseph, constituíam em regra os elementos de ensino. Coelho da Rocha, suprimindo as lacunas com o Código da Prússia, Correa Telles, com receio de passar por inovador, recorrendo à opinião dos doutores velhos e já falecidos. Borges Carneiro pedindo a Heineccio subsídios para formar o *jus constitutum eram*, com Mello Freire e Almeida Lobão, os guias espirituais do foro, servindo de artigos de ornamentação os velhos e poeirentos praxistas". Por outro lado, prossegue, "não há preceito jurídico por mais simples, evidente ou intuitivo, que não se sinta obrigado a comparecer perante os tribunais acompanhado de numeroso séquito. As regras de direito não circulam nem são recebidas pela força da lei, de seu espírito ou princípios mas pelo número de

endossantes, nacionais poucos e estrangeiros muitos, de preferência italianos e alemães"<sup>15</sup>.

9. As considerações até aqui feitas, destinadas a precisar, em ensaio apressado de história externa, quais as fontes romanas que deixaram sua marca no Código Civil Brasileiro e por que caminhos vieram até ele, deverão ser complementadas por outras notas, relacionadas com a história interna, nas quais se trate de identificar e descrever as instituições do direito romano que mereceram acolhida no mais prestigiado dos nossos códigos.

Antes, porém, para que esta exposição tenha um certo equilíbrio geométrico e não peque contra a simetria, far-se-á mister que se esclareça o que se deverá compreender por germanismo no nosso Código Civil

Germanismo, nesse contexto, poderá ser entendido, pelo menos de duas maneiras. De uma parte, como o conjunto de instituições, regras, práticas e costumes, de caráter jurídico, observados pelos povos germânicos, antes da recepção do direito romano, o que, na Alemanha, só tardiamente irá ocorrer. Na verdade, registra Koschaker, apenas a partir da metade do século XIV o direito romano começa a ser efetivamente estudado nas universidades alemãs e, mesmo assim, nessa época, tinha ele uma importância secundária, subordinado que era ao direito canônico, "porque só o direito canônico era necessário na práti-

ca"<sup>16</sup>. Desde então se estabelece uma luta entre o direito germânico e o direito romano, de tal modo que as forças em oposição acabam por confundir-se e mesclar-se, formando, com as importantes contribuições do direito canônico, o direito comum, direito de especialistas, direito de juristas práticos, que alcançará seu apogeu, no século XVII, com o *usus modernus pandectarum*<sup>17</sup>

Com o advento da Escola Histórica, brotam dois ramos perfeitamente definidos, o dos germanistas e o dos romanistas, e não deixa de ser expressivo que, até hoje, uma das mundialmente mais reputadas revistas jurídicas no campo da história do Direito, a Revista da Fundação Savigny (*Zeitschrift der Savigny Stiftung*) seja dividida em duas áreas, a dedicada ao direito germânico (*germanistische Abteilung*) e a voltada para o direito romano (*romanistische Abteilung*).

Alguns germanistas criticaram, por vezes em termos extraordinariamente ásperos, a recepção do direito romano na Alemanha. A recepção do direito romano é vista por eles como um descalabro, um desastre, uma verdadeira "desgraça nacional" (*nationales Unglück*), censuras que serão endossadas, depois, pelo nacional socialismo<sup>18</sup>. Contudo, mesmo entre os estudiosos dedicados à recuperação ou à reconstrução histórica do direito genuinamente ale-

mão, não são poucos os que mantiveram, face ao problema, posição de sensato equilíbrio, não se deixando levar pelo emocionalismo patriótico dos seus colegas mais exaltados.

Na escola histórica, a existência dessas duas tendências é de algum modo harmonizada pela presença muito forte do gênio de Savigny, que é a maior figura no cenário jurídico do século XIX. O conceito amplo de "espírito do povo" (*Volksgeist*), adotado por Savigny, partindo da idéia, como sublinha Wieacker, de que povo, "na verdade, não é a realidade política e social da nação histórica, mas um conceito cultural ideal - a comunidade espiritual e cultural ligada por uma cultura comum"<sup>19</sup>, permitiu que, à sua sombra, se desenvolvesse tanto a tendência que via no direito romano "um elemento essencial da vida jurídica alemã, entendida como processo cultural"<sup>20</sup>, quanto o movimento que prezava, sobretudo, a formação espontânea do direito nacional, consolidado especialmente pelo costume.

O primeiro caminho, o do romanismo, pelo qual Savigny demonstrava inequívoca simpatia, como atesta sua obra prodigiosa, levaria à ciência das Pandectas, ao cientificismo jurídico e à construção de um bem elaborado e rígido sistema do Direito Civil, enquanto o outro,

14. É certo que, como pondera Miguel Reale, "a chamada Consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas, e aprovada pelo Governo Imperial em 1858, depois enriquecida, em 1877, de Aditamentos de autoria do mesmo jurisconsulto, representava substancial alteração na legislação filipina" (100 Anos de Ciência do Direito no Brasil, S. Paulo, Saraiva, 1973, p.5). Mesmo assim, o quadro normativo brasileiro carecia da precisão e segurança que o só o Código Civil viria a dar.

15. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1899, pp.VI e VIII.

16. *Europa y el Derecho Romano*, Rev. de Der. Privado, Madrid, 1955, p.220.

17. Paul Koschaker, op. cit. p.332 e ss.

18. As críticas mais veementes à recepção provêm de Georg Beseler e August Friedrich Reyscher. Ao primeiro se deve, também, a qualificação do direito romano, na forma tratada pela pandectística, como "direito de juristas" (*Juristenrecht*) em oposição ao direito germânico, que seria "direito do povo" (*Volksrecht*) (Molitor/Schlosser, *Grundzüge der Neuren Privatrechtsgeschichte*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1975, p.73). Sobre as lutas entre romanistas e germanistas, bem como a posição do nazismo quanto à recepção, Koschaker, op. cit., p.229 e ss.

19. op. cit. p.448.

20. id. ib., p.448.

o do germanismo, daria ênfase ao empirismo jurídico, ao direito criado ou revelado diretamente pelo povo e não por técnicos ou juristas, à imanência do Direito no próprio fato, à "natureza das coisas" (*Natur der Sache*), noção que tanta importância iria ter, mais tarde, na Filosofia do Direito alemã.

Numa fórmula sintética, nesse contraste, o romanismo seria um direito de juristas (*Juristenrecht*), ao passo que o germanismo um direito do povo (*Volksrecht*), para usar os termos do título de um livro famoso de Georg Beseler, um dos líderes da corrente germanista<sup>21</sup>.

Daí, no direito germânico da idade média, o especial relevo conferido aos julgamentos por grupos de jurados leigos, os chamados *Schöffen* (escabinos), cujas decisões, se não tinham o refinamento lógico que encontramos no raciocínio jurídico bem articulado das soluções do direito romano, emanavam, entretanto, de um sentimento ou de uma intuição de justiça, radicada no coração do povo<sup>22</sup>.

Ao caráter profundamente individualista do direito romano que encontrava, porém, seu último limite na estabilidade do Estado e no bem estar do povo, como revela o princípio *salus publica suprema lex esto*, contrapunha o direito germânico uma concepção de ordem social em que o indivíduo não é uma criatura abstrata, mas um ser que se define pela sua inserção na sua circunstância, na sua família, na sua cida-

de, na sua profissão, na sua experiência diária de vida<sup>23</sup>. Tais características explicam a forma matizada que assumem certas instituições jurídicas germânicas, que variam de lugar para lugar, ao sabor das praxes e costumes, mas onde está presente, quase sempre, um compromisso entre os benefícios e vantagens individuais e o bem comum.

A propriedade talvez constitua o exemplo por excelência do que acabamos de afirmar. Não há uma propriedade imutável, única, igual em todas as situações. Ela se diferencia conforme os fins econômicos perseguidos ou a posição social do titular do direito, estando, de algum modo vinculada ao interesse coletivo. A regra célebre, estampada na Constituição de Weimar, "a propriedade obriga" (*Eigentum verpflichtet*), não é, de modo algum, um corpo estranho na tradição jurídica alemã ou uma norma que tenha nascido totalmente despegada do passado cultural germânico. Bem ao contrário, ela surge, num determinado momento histórico, como resultado natural de uma antiga e constante tendência<sup>24</sup>.

10. Na visão global do Direito Privado, pode-se dizer que o romanismo se ocupou quase que exclusivamente do direito civil, ficando com o germanismo a construção da ciência alemã do direito comercial, do direito cambiário, do direito da corporação e das sociedades mercantis, do direito marítimo, do direito dos seguros

e de minas, entre outros mais ligados diretamente à vida econômica<sup>25 26</sup>. A inclinação pelo comércio, que anima a população das cidades germânicas da idade média, perdura e se intensifica no curso do tempo, determinando o nascimento desses diferentes ramos do direito, em muitos dos quais os negócios jurídicos são geralmente abstratos, para permitir a rápida circulação dos bens e a segurança dos terceiros. As instituições germânicas teriam, assim, dado origem a um direito que, no século XIX, se dizia "mais moderno" do que o direito civil, porque mais em harmonia com a expansão e a diversidade dos negócios na sociedade capitalista<sup>27</sup>.

11. Contudo, mesmo no direito civil, apesar do predomínio quase absoluto do direito romano após a recepção, aqui e ali as instituições jurídicas germânicas resistem e deixam sua marca no tecido normativo. Dentre elas talvez a mais importante é a que se prende aos testemunhos judiciais, do velho processo germânico, origem do registro imobiliário, que tanta importância terá na transmissão da propriedade imobiliária e na eficácia dos contratos.

Para a transmissão de domínio sobre imóveis exigia-se, em primeiro lugar, um negócio jurídico de alienação, chamado *sala*

(da origem gótica comum deu, em inglês, *sale*<sup>28</sup>), sobre cuja natureza até hoje se discute, entendendo alguns que se tratava de um negócio jurídico do direito das obrigações, como é, por exemplo, a compra e venda, e outros um negócio jurídico de direito real, como o acordo de transmissão do direito alemão dos nossos dias<sup>29</sup>. A esse acordo seguia-se a entrega corporal, a *vestitura* ou *investitura*, que se dava, nos primeiros tempos, no próprio lugar do imóvel. A correspondente entrega da posse, o afastamento corporal pelo alienante (*exire*), foi logo substituído por um acordo ou contrato sobre a perda da posse, que se realizava por uma declaração oral e, entre os francos, pela entrega de um bastão ou vara (*festuca*). Designava-se a isso de *per festucam se exitum dicere*, *exfestucatio*, *resignatio*, e, posteriormente, *Auflassung*. No reino franco desenvolveu-se uma forma de tradição do direito romano vulgar, a *traditio per cartam*: o alienante entregava ao adquirente um documento de transmissão da propriedade.

Com o tempo, verifica-se um processo de espiritualização da *vestitura*, que se torna incorporeal, ou seja, a transmissão ou a entrega da posse não necessita mais que ocorra no lugar do imóvel. Ela pode ser feita no tribunal. Inclina-se o direito

21. vd. supra, nota 18.

22. Gustav Boehmer, op. cit., p.74.

23. id. ib. p.61.

24. id. ib. p.61

25. id. ib., p.344. Também, Molitor/Schlosser, op. cit; p.69 e ss., especialmente p. 74

26. É interessante notar como essas concepções do germanismo, que acabaram por expressar-se no direito mercantil alemão, tiveram também decidida influência nos Estados Unidos, no *Uniform Commercial Code*, através de Karl Llewellyn. Veja-se, sobre isso, James Whitman, *Commercial Law and the American Volk: a Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, in *Yale Law Journal*, vol.97 (1987), p.156 e ss.

27. Molitor/Schlosser, op. cit. p.74.

28. cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1955, vol 11, p.213.

29. Cf. Brunner/v. Schwerin, *Historia del Derecho Germanico*, Barcelona, Labor, 1936, p.,197, nota 1, do trad. José Luiz Alvares Lopes.



germânico, neste ponto, para um rumo e uma solução já conhecidos pelo direito romano, quais sejam os da utilização de institutos processuais para a obtenção de fins de direito material, como sucedia com a *in iure cessio*, em que as partes simulavam a existência de uma ação reivindicatória para obter a transmissão formal da propriedade. A tradição *per cartam* poderia também efetivar-se no tribunal. Com o surgimento dos chamados "livros de direito" em que se registravam os atos processuais, essa *resignatio* judicial assume considerável realce, pela força probatória absoluta do testemunho judicial e do documento judicial, que lhe emprestava os mesmos efeitos da coisa julgada.

Ao final desse *iter* histórico, o registro da *resignatio* nos livros oficiais é requisito essencial para a transmissão do domínio, nascendo, assim, o registro imobiliário moderno. A *resignatio* procedida nesses termos tinha o condão de atribuir ao adquirente, ao cabo de um período de ano e dia, a *Gewere* legítima, ou seja a total impossibilidade de impugnação da propriedade por terceiros<sup>30</sup>.

Ao direito germânico devem-se, igualmente, as distinções introduzidas no conceito romano de posse, - o qual, aliás, com a recepção, acabou prevalecendo no direito alemão- e que separam a posse imediata da posse mediata. Como observa Betti, tal discrimine revela um "processo de

espiritualização do 'poder de fato', que é adequado para facilitar a circulação das coisas"<sup>31</sup>.

Outra contribuição importante do direito germânico ao direito civil foi a distinção entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*)<sup>32</sup>, pela qual se evidencia que o responsável pode não ser o devedor, o que acontece, por exemplo, quando um terceiro (que não é devedor) dá em hipoteca um imóvel seu em garantia de dívida de terceiro (que é devedor, mas não é responsável).

12. E aqui convém já mencionar o segundo sentido que a palavra germanismo pode assumir, certamente não na Alemanha, mas entre nós, quando referida a influências sofridas pela nossa cultura ou, especificamente, para o que aqui nos interessa, pelo Código Civil Brasileiro. Nessa outra acepção, germanismo será interpretado num sentido mais largo, abrangendo as criações do pensamento jurídico alemão, posteriores à recepção, que foram acolhidas na nossa codificação, por inteiro ou modificadas, ou que a ela serviram de inspiração. Em tal perspectiva, a investigação dos traços deixados pelo germanismo, sempre tomado nessa peculiar acepção, no Código Civil de 1917, terá necessariamente de considerar a contribuição romanista da ciência jurídica alemã, que começa com Savigny, e que depois se irá desenvolver notavelmente com a pandectística, na qual brilha singularmente a obra de Windscheid, culminando com o BGB (*Bürgerliches*

*Gesetzbuch*), concluído em 1.896, mas que entrou em vigência em 1.900. Dizendo de outro modo, por germanismo, nesse segundo sentido, não se considerará a matéria sobre a qual trabalhou a ciência jurídica alemã (matéria que era, como se viu, predominantemente romana), mas apenas e exclusivamente essa ciência jurídica.

Quem se debruçar sobre a obra de Teixeira de Freitas, ou dos grandes juristas brasileiros da fase imediatamente anterior à da elaboração do nosso Código Civil, como Lafayette Rodrigues Pereira, Lacerda de Almeida, Eduardo Espínola e o próprio Clóvis Bevilacqua, logo perceberá a intimidade que tinham esses autores com a obra dos mais célebres juristas germânicos do seu tempo<sup>33</sup>. Deve dizer-se, porém, a bem da verdade, que essa intimidade se estendia também aos juristas eminentes, de expressão francesa ou italiana, para não falar nos portugueses. De certa maneira, repetia-se, assim, num plano mais elevado, em que os exageros eram eliminados por critérios críticos bem mais estritos, o que acontecia nas práticas forenses, onde os advogados, no afã de convencerem os juizes, invocavam farta doutrina estrangeira, reiterando uma praxe que se consolidara desde a Lei da Boa Razão e que justificava a caricatura de Carlos de Carvalho, em trecho que aqui já transcreví.

É oportuno que se saliente, no entanto, que a literatura jurídica alemã do século XIX qualitativamente sobrelevava a todas as outras, contrabalançando, pode-

rosamente, a influência que o Código Civil Francês e, em menor medida, o Código Civil Austríaco, de 1.811, exerceram sobre a legislação de outros povos.

Savigny, os pandectistas e seus sucessores, como sinala Emilio Betti, deram origem a uma "doutrina que combinou pela primeira vez os métodos históricos com os de uma dogmática sistemática e elaborou os conceitos jurídicos e os princípios gerais com um grau de clareza e de refinamento que anteriormente nunca tinha sido atingido"<sup>34</sup>. Foram os alemães, sem sombra de dúvida, os pais da ciência jurídica moderna, que encontra seu coroamento no BGB. Comparada essa monumental obra legislativa com as duas grandes primeiras codificações do início do século XIX, de imediato se destaca a superior qualidade técnica do BGB. O desenvolvimento científico do Direito, ocorrido na Alemanha, no curso do século passado, bem como as modificações culturais, econômicas e políticas por que passou o mundo nesse mesmo período de tempo, envelheceram e desgastaram, prematura e severamente, tanto o Código Civil francês quanto o austríaco.

Muito embora fossem eles as expressões mais altas do jusnaturalismo racionalista, elaborados, portanto, e postos em vigor com a pretensão de haverem cristalizado uma ordem jurídica abstrata e atemporal, que deveria servir a todos os povos, motivo pelo qual os intérpretes e aplicadores estavam proibidos de desnaturá-los, muito cedo se verificou que eles não

30. Em toda essa descrição da origem do registro imobiliário seguimos Brunner/v. Schwerin, op.cit, p.197 e ss.

31. op. cit., p.100.

32. Molitor/Schlosser, op. cit., p.74.

33. Sobre a influência de Savigny na obra de Teixeira de Freitas, veja-se Clóvis V. do Couto e Silva, op. cit. p.153 e ss. e nota 8.

34. *Système du Code Civil Allemand*, Milano, Giuffrè, 1965, p.12.

representavam o que hoje se poderia chamar de o "fim da história" jurídica. E quem se incumbirá de mostrar isso será, precisamente, a Escola Histórica, em todos os seus desdobramentos, e o novo humanismo que a caracteriza, ou seja, em poucas palavras, a ciência jurídica alemã do século XIX.

Um dos mais notáveis juristas do nosso tempo, ao efetuar o cotejo entre o BGB e aquelas outros códigos, observa que estes "*não haviam estabelecido regras sobre as pessoas jurídicas (o que foi objeto de meditação pela doutrina alemã); a fundação lhes é desconhecida, do mesmo modo como a noção de atos jurídicos e de suas diferentes categorias; seu tratamento da nulidade dos atos carece de precisão; eles não contêm normas sobre a conclusão dos contratos, a representação, a estipulação em favor de terceiros, a cessão de crédito e a assunção de dívida; a causa e o ato abstrato são apresentados desde então*" (desde o BGB) "*sob uma nova luz; do mesmo modo como o enriquecimento sem causa e a posse*"<sup>35</sup>.

Não pode, pois, causar surpresa que muitas dessas imperfeições apontadas nos Códigos Cíveis francês e austríaco (e o mesmo se poderá dizer de outros códigos que receberam sua direta influência, no século passado) estejam ausentes no nosso Código Civil, como também certamente não espantará que nele hajam sido acolhidos progressos técnicos revelados ou introduzidos pela ciência jurídica alemã, não só em razão da sua excelência, mas também porque a chamada Escola do Recife, sob a li-

derança de Tobias Barreto, dera considerável importância e prestígio, entre nós, à cultura germânica no campo do Direito. Cabe lembrar, nesta ordem de considerações, que Clovis Bevilacqua, o autor do anteprojeto do Código Civil brasileiro, era professor da Faculdade de Direito do Recife.

Ainda deverá dizer-se, nesta mesma linha de observações, que seria perfeitamente natural, como o foi, que, em razão da sua maior proximidade histórica, a ciência jurídica alemã, afinal cristalizada no BGB, tivesse sobre o Código Civil Brasileiro uma influência em muitos aspectos mais expressiva do que a do *Code Napoléon*<sup>36</sup>. O Código Civil Alemão e o nosso, diferentemente dos dois outros, propunham-se a ser o coroamento e a conclusão de uma prolongada fase de vigência do *ius commune*, muito mais do que que instrumentos revolucionários de mudança da sociedade. Apesar de que a preocupação com a segurança jurídica dos indivíduos estivesse evidentemente entre as motivações principais de ambas as codificações, pois, é óbvio que a maior definição e clareza da ordem jurídica, operada pela codificação, teria essa consequência imediata, faltava-lhes a missão propedêutica de educar o povo em um novo credo. Talvez seja nessa circunstância que se deverá buscar a explicação para o diminuto entusiasmo popular (se é que algum entusiasmo efetivamente existiu) com que foram recebidos quer o Código Civil Ale-

mão quer o nosso, em contraste com o que ocorreu sobretudo com o Código Civil francês.

13. Já se deixa assim perceber que o germanismo a que prestou tributo e homenagem o Código Civil Brasileiro foi sobretudo o que pode ser identificado com a ciência jurídica alemã do século XIX (portanto o que é assim entendido fora da Alemanha), muito mais do que aquele outro, de caráter material ou substancial, consistente nas instituições jurídicas germânicas anteriores à recepção. Desde logo será de justiça assinalar, entretanto, que jamais a influência alemã sobre o Código Civil brasileiro que, como se viu, é irrecusável, fazem daquela nossa obra legislativa uma imitação servil do Código alemão, como aconteceu com a codificação realizada por outras nações como, por exemplo, o Japão. Muito longe disso. O Código Civil brasileiro é um código afinado com a ciência jurídica do seu tempo e, por isso mesmo, não poderia nunca desconhecer as ricas vertentes da ciência jurídica alemã, de que se utilizou, entretanto, sempre com muita prudência e comedimento, temperando suas contribuições com a tradição luso-brasileira ou com a pureza dos ensinamentos do direito romano, onde o BGB deles se desviou, como sucedeu, por exemplo, ao construir, como abstrata, a transferência da propriedade imobiliária, ou com os empréstimos tomados ao *Code Civil*, que parecem

numerosos, mas que talvez sejam muito mais recortados do direito romano com a expressão que lhe deu o direito francês<sup>37</sup>. Essa posição de equilíbrio e de relativa independência que guardou o nosso Código Civil, não apenas com respeito ao BGB, mas também com relação a outros códigos famosos do século passado, como o napoleônico, o austríaco, o italiano e o português, para mencionar apenas alguns dos mais conhecidos, é que o erguem à condição indiscutível de ser um dos mais originais dessa segunda geração de códigos, que se inaugura precisamente com o BGB<sup>38</sup>.

12. No pertinente ao sistema adotado pelo Código Civil brasileiro, ele se afasta do contido no Esboço de Teixeira de Freitas, para aproximar-se do geralmente usado no direito das pandectas germânico. Sua gênese deve ser buscada nos *Apontamentos para o Projeto do Código Civil Brasileiro*, apresentados por Joaquim Felício dos Santos, em 1881, que dividiam a matéria em uma parte geral, subdividida em três livros, que tratavam das pessoas em geral, das coisas em geral e dos atos jurídicos em geral, e de uma parte especial, por sua vez também subdividida em três livros, que se ocupavam das pessoas em especial, das coisas em especial e dos atos jurídicos em especial, tudo isso era precedido por um "Título Preliminar", que dispunha sobre a publicação, efeitos e aplicação das leis em geral<sup>39</sup>. A influência germânica acentuou-

35. id. ib., p. 13.

36. É claro que isso se explica, também, por outras razões, entre as quais não são as menores a importância e o prestígio da obra de Teixeira de Freitas (cf. Clóvis do Couto e Silva, op. cit., p. 153).

37. Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio, 1981, p. 93.

38. Ennecerus-Nipperdey consideram o Código Civil brasileiro a mais independente das codificações latinoamericanas e registram que apenas 62 artigos têm sua origem no BGB. Anotam, porém, que "*a ordenação das matérias tem ampla correlação com o Código Civil alemão, embora seja diversa a divisão em uma parte geral e uma parte especial*" (*Derecho Civil*, Barcelona. Bosch, 1947, vol I, p. 108).

39. Cf. Pontes de Miranda, *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, Band III, *Brasilien Código Civil, Einleitung*, p. XLI.

se ainda mais com o projeto de Antônio Coelho Rodrigues, de 1893, “*amplamente inspirado*”, como diz Eduardo Espínola, “*nos princípios predominantes na Alemanha. A classificação das matérias é exatamente a da escola alemã: tem uma lei preliminar, uma parte geral e uma parte especial. A lei preliminar compõe-se de 39 artigos e trata da publicação da lei e dos seus efeitos em relação ao tempo, ao espaço e ao objeto; a parte geral se subdivide em três livros: 1º. das pessoas; 2º. dos bens; 3º. dos fatos e atos jurídicos; a parte especial tem quatro livros: 1º. das obrigações; 2º. da posse, da propriedade e dos outros direitos reais; 3º. do direito da família; 4º. do direito das sucessões*”<sup>40</sup>. Por trilha semelhante seguiu o projeto Bevilacqua, com a alteração, entretanto, da ordem das subdivisões da parte especial. Convidado pelo Governo Brasileiro no início de 1896 para elaborar anteprojeto de Código Civil, Bevilacqua começou sua obra em abril e a concluiu em novembro daquele mesmo ano. O anteprojeto, no seu sistema, é claramente influenciado pela ciência jurídica alemã, anterior ao BGB, e não propriamente pelo BGB<sup>41</sup>. E assim ficou, com as modificações que lhe foram introduzidas, até converter-se em lei e sua publicação em 1916<sup>42</sup>.

14. Ao cogitar-se de ponderar a influência do romanismo ou de germanismo no Código Civil Brasileiro, não há dúvida que a balança irá pender para o lado da con-

tribuição do direito romano, quer seja o bebido nas suas fontes autênticas, quer o que se traduz no direito comum e na interpretação que a experiência histórica, em constante mutação, lhe foi atribuindo. Se, no tocante ao sistema do Código Civil Brasileiro, a influência da ciência alemã - ou, se assim se preferir, do germanismo - como vimos, é especialmente importante, no seu aspecto substancial, entretanto, é claro que há nítida predominância de matéria extraída do direito romano. Os que tiverem a paciência de percorrer os comentários de Clóvis Bevilacqua ao Código Civil, detendo-se em cada artigo para examinar as referências preliminares que o autor faz à origem do preceito e em que ordenamentos jurídicos existe regra igual ou similar, logo verificarão a raiz romana da imensa maioria das disposições ali consignadas<sup>43</sup>.

15. Por certo, na parte geral, é mais forte a impressão da ciência jurídica alemã, notadamente: no tratamento das pessoas jurídicas, onde afloram as concepções orgânicas de Gierke, a par de estabelecer-se a da necessidade do registro para a personificação da sociedades e fundações de direito privado; no conceito de pretensão, elaborado por Windscheid, no seu célebre estudo sobre a ação do processo civil romano (*Die Actio des röm. Zivilrecht von Standpunkt des heutigen Rechts* - 1856) que, no art. 75, aparece, entretanto, confundido com o de

ação de direito material<sup>44</sup>; na enumeração das causas da nulidade do ato jurídico, no art. 145, embora, quanto a esse ponto, o Código Civil Brasileiro seja bem mais conciso (ousaria até dizer, menos prolixo) do que o BGB, deixando, porém, de inserir no elenco que consigna, lamentavelmente, como o fez o BGB, no art. 138, a nulidade do ato jurídico praticado contra *bonos mores*.

Contudo, mesmo aí, na parte geral, muito particularmente na classificação dos bens e na conceituação e disciplina dos vícios da vontade (erro, dolo, simulação, coação), bem como da fraude contra credores, o destaque que assumem as concepções romanas é evidente.

16. Quanto ao direito de família, nem o direito romano, nem o direito germânico deixaram rastro expressivo no nosso Código Civil. O direito romano de família, do período clássico, que Fritz Schulz chamou de “*o produto mais impressionante do gênio jurídico romano*”<sup>45</sup> foi profundamente alterado pelas concepções do cristianismo e pelas regras do direito canônico, implicando um atraso no processo do estabelecimento da igualdade entre os cônjuges que só neste século se cuidou de recuperar.

No que respeita ao direito de família do BGB, do mesmo modo como ao do nosso Código Civil, pode-se dizer que já nasceram velhos e voltados para o passado. O pensamento germânico e as instituições jurídicas alemãs, anteriores ao BGB, não trouxeram, também, soluções de importância para o nosso direito<sup>46</sup>. Caberá referir, entretanto, que o regime de bens da comunhão universal, no direito patrimonial de família, corresponde à “*comunhão de mão total*” (*Gesamthandgemeinschaft*), do velho direito germânico, na qual, como em tantas de suas instituições, os interesses do grupo prevaleciam sobre o dos indivíduos, em contrasde com o que geralmente ocorria no mundo romano<sup>47</sup>.

17. No direito das coisas, a marca romana é dominante. Ela aparece muito nítida na posse, noção que é bem mais precisa do que a *Gewere* germânica, na proteção possessória, na propriedade em geral, nos direitos reais sobre coisas alheias. A influência germânica se revela, por outro lado, de modo peculiar, no trabalho realizado pela ciência jurídica alemã sobre o conceito romano de posse, definida, no art. 485, seguindo as linhas da concepção de Ihering, na distinção entre posse direta e indireta (art. 486), na eficácia do registro na trans-

40. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, Rio, ed. Rio, 1977, p. 18.

41. Nesse sentido, Pontes de Miranda, *Fontes*, p. 85; Clóvis do Couto e Silva, op. cit., p. 155. Por último, Cláudia Lima Marques, no seu belo ensaio *Cem Anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916*, RT 741/11-37.

42. A história pormenorizada do nosso Código Civil é retracada por Clóvis Bevilacqua no *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, por ele comentado, Rio, ed. Rio, 1976 (ed. histórica), vol. I, p. 12 e ss.

43. Sobre as estatísticas das influências no Código Civil Brasileiro, por todos, Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 24 e ss.

44. Só com a obra de Pontes de Miranda e, especialmente, só após a publicação da Parte Geral do seu monumental Tratado de Direito Privado, na década de 50, é que será bem explicado no direito brasileiro o conceito de pretensão, consistente na possibilidade de exigir que geralmente tem (mas não sempre) o titular do direito subjetivo, e que é distinta do direito subjetivo. Trata-se de conceito indispensável para a compreensão, por exemplo, da prescrição, dos direitos formativos, das chamadas obrigações imperfeitas ou dos direitos mutilados, dos direitos expectativos, do termo e da condição suspensiva, entre outras categorias importantes do direito privado.

45. *Derecho Romano Clássico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 99. Veja-se, também, meu artigo *Casamento e a Posição Jurídica da Mulher no Direito de Família Romano do Período Clássico*, in Revista “Direito e Justiça”, vol. 15, p. 97 e ss..

46. Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 33-34.

47. Sobre a subsistência da *Gesamthandgemeinschaft* no direito contemporâneo, vd. João Baptista Villela, *Condomínio no Código Civil Brasileiro - Romanismo versus Germanismo*, in Ferrero Costa, Raul, et alii - *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1990, p. 579-590.



missão da propriedade imobiliária e na constituição de direitos reais.

Não adotou o direito brasileiro, entretanto, no que diz com a transmissão da propriedade imobiliária, a rígida separação existente no direito alemão entre os planos dos negócios jurídicos obrigacionais (que são, de regra, causais) e o dos negócios jurídicos do direito das coisas, como o acordo de transmissão, que são abstratos. É irrecusável, entretanto, que, sob o aspecto lógico, deverá sempre haver uma diferença entre negócios jurídicos obrigacionais e negócios jurídicos de disposição (*Verfügungsgeschäfte*). Daí porque se tenha afirmado que tal separação de planos, no direito brasileiro, é meramente relativa, o que significa dizer que a invalidade do negócio jurídico obrigacional contamina a transmissão do domínio, afirmando-se, assim, entre nós, a causalidade do acordo de transmissão<sup>48</sup>.

18. A base do direito das obrigações é toda ela romana. É inegável, no entanto, que a noção que se tem hoje de obrigação, ou a que já se tinha à época da elaboração do nosso Código Civil, não é, e nem poderia ser, a mesma que os romanos conceberam. Muitas modificações profundas foram introduzidas, especialmente no modo de considerar o vínculo obrigacional, que sempre conservou, no grande arco da história romana, a natureza pessoal que intensa e até cruelmente o caracterizou nos primeiros tempos, como atesta o *partis secanto* das

XII Tábuas. Quando os romanos afirmavam que "*obligationum substantia in eo consistit ut alium nobis adstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*" (D.44.7.3) concebiam um laço jurídico entre pessoas determinadas. O mandato ilustra bem essa maneira de ver a obrigação, pois as obrigações contraídas pelo mandatário só dele podiam ser exigidas, uma vez que, em todas as áreas do direito romano, a chamada representação direta só veio a ser admitida em hipóteses excepcionais<sup>49</sup>. Na generalidade dos casos, a representação era indireta, ou seja, se de mandato se tratasse, estabelecia-se um vínculo interno entre o mandante e o mandatário, mas jamais entre o mandante e o terceiro. Este estava ligado exclusivamente ao mandatário. Não será preciso dizer que o direito moderno rompeu essas limitações, não apenas para admitir plenamente a representação direta, que se tornou comum, como também para admitir a constituição de vínculos obrigacionais com pessoas indeterminadas ou só posteriormente determinadas, como se passa com os títulos de crédito<sup>50</sup>.

Aos alicerces romanos agregou o nosso Código Civil material provindo de outras influências, dentre as quais, por certo, as do direito alemão. São elas sobretudo perceptíveis no efeito vinculativo da proposta (art. 1.080), na estipulação em favor de terceiros (art. 1.098), na gestão de negócios sem mandato (art. 1.332), na possibilidade que tem o devedor de pagar a qualquer dos

credores solidários (art.899), nas regras sobre o pagamento (art.930)<sup>51</sup>. Ao nosso direito civil incorporou-se, também, a distinção germânica entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), a meio caminho entre o direito das obrigações e o direito das coisas.

19. Finalmente, no tocante ao direito das sucessões, também aqui a influência predominante é romana, tendo, porém, recebido significativas contribuições do direito português e francês, mas modesto subsídio do direito germânico<sup>52</sup>.

20. O Código Civil brasileiro, ao extinguir a vigência do direito romano em nosso país, determinou, também, o declínio do seu estudo entre nós. A disciplina de direito romano foi eliminada da maioria dos currículos de nossas faculdades de direito ou geralmente não consta das daquelas que mais recentemente foram criadas. Não será exagerado afirmar, assim, que a influência do romanismo, na leitura de nossa legislação civil, se não desapareceu de todo, é quase que inexistente, efeito que, aliás, produziu a codificação, nos países cujo direito integra a família do direito romano.

Destino diferente teve, entretanto, o germanismo. Após o nosso Código Civil, a interpretação que dele se fez e as obras que sobre direito civil se escreveram, foram, em sua grande maioria, apoiadas no direito francês, no direito italiano e no direito português. Creio não cometer injustiça ao dizer que a única voz que ainda mantinha viva

a tradição da Escola do Recife, na sua veneração pela cultura jurídica alemã na área do direito privado, era a de Pontes de Miranda. A ele se deve o renascimento do germanismo no direito civil brasileiro<sup>53</sup>. Isso acontece não propriamente em razão do que Pontes de Miranda escreveu até a primeira metade deste século, mas sim com o início da publicação, na década de 50, do seu monumental *Tratado de Direito Privado*. Especialmente os volumes da parte geral do Tratado revelam um domínio assombroso da literatura jurídica alemã, não só da pandectística, como também da moderna, o que imprime às matérias neles tratadas uma precisão e um rigor científico até então nunca conhecido em nosso direito privado.

O transporte para o direito brasileiro da noção de *Tatbestand*, expressão traduzida por "suporte fático"; a classificação dos atos jurídicos de direito privado, com a distinções entre negócios jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos; o emprego das concepções orgânicas de Gierke no trato das pessoas jurídicas ("o diretor *presenta*, não *representa* a pessoa jurídica"); a análise da nova categoria dos direitos subjetivos, consistente nos direitos formativos, a que Emil Seckel deu forma definitiva, bem como a dos direitos expectativos; o exame metucioso do conceito de pretensão, de *Anspruch*, com todas as suas importantes implicações; o esforço em demonstrar que, também no direito brasileiro, o acordo de transmissão da proprie-

48. Cf. Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, Porto Alegre, 1964, p.54.

49. Kunkel/Jörs/Wenger, *Römisches Recht*, Berlin, Springer, 1949, p.101 e ss.

50. Clóvis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, Rio, ed. Rio, 1977 (ed. histórica, reproduzindo a 5a. ed., de 1940), p.15 e ss.

51. Veja-se Cláudia Lima Marques (op. cit.p.35), coligindo, sobretudo, as indicações de Pontes de Miranda (*Fontes*).

52. *Id. ib.*, p.35-36.

53. A isso chama Cláudia Lima Marques de "novo germanismo" (op. cit., p.30).

dade imobiliária é negócio jurídico abstrato - são algumas facetas de seu pensamento e das suas lições que bem exprimem o quanto sobre o seu gênio pesou a cultura jurídica germânica.

Não parece excessivo asseverar, portanto, que com Pontes de Miranda começam de novo a encher-se com o bom vinho da doutrina alemã os já envelhecidos odres do nosso Código Civil. Na verdade, a releitura do nosso direito civil, empreendida por Pontes de Miranda no seu *Tratado*, não demorou a refletir-se na jurisprudência dos tribunais nacionais, ao mesmo tempo que impressionava, também, toda uma nova geração de juristas.

O que hoje com mais facilidade se pode criticar na obra de Pontes de Miranda - e esse será talvez um ponto de sombra deixado pelo seu germanismo - é a sua concepção mecanicista do direito e o seu positivismo. Isso impediu-lhe de avaliar corretamente a importância de algumas cláusulas gerais acolhidas pelo BGB, como, por exemplo, as que se extraem dos parágrafos 157, 162 e 242, relacionados com a boa fé (*Treu und Glaube*), ou do parágrafo 138, que diz respeito aos bons costumes, censura que, aliás, em primeiro lugar se deverá fazer ao autor do projeto do nosso Código Civil e aos que colaboraram na elaboração do texto definitivo.

São essas cláusulas gerais que impedem que os códigos envelheçam prematuramente, pois são elas as portas abertas para a ética social, os canais por que penetram

no direito as mudanças culturais e econômicas, os delicados sensores que adaptam os sistemas jurídicos às oscilações do meio a que se aplicam.

Contudo, a moderna doutrina civilista brasileira tem tentado introduzir no nosso direito os valores que se acham expressos naqueles preceitos do BGB, considerando-os como princípios imanescentes ou implícitos em nosso sistema jurídico<sup>54</sup>.

Se a primeira onda de germanismo pode ser identificada na ciência jurídica alemã do século passado, que influenciou o nosso Código Civil, e a segunda no rastro deixado em nossa cultura pelo pensamento de Pontes de Miranda, caberá falar, ainda, de uma terceira onda, consistente na penetração que tiveram em nosso meio, após a edição do Código Civil português, de 1966, de forte inspiração germânica, as obras dos civilistas lusitanos. Mário Júlio de Almeida Costa, José de Oliveira Ascensão, João de Matos Antunes Varela, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, entre outros, são juristas portugueses dos nossos dias, de sólida formação germânica, cujas obras, de larga circulação no Brasil, têm contribuído para que a leitura do nosso Código Civil continue a ser feita, de certa maneira, pelas lentes da ciência jurídica alemã, embora as adaptações sofridas ao ser recebida pelo direito português.

21. Concluo dizendo que romanismo e germanismo confluíram poderosamente na conformação do nosso Código Civil e, com maior ou menor vigor, continuam ainda a influir na sua interpretação e na

54. Nesse sentido, no que respeita ao princípio da boa fé objetiva, a obra pioneira em nosso direito foi a *Obrigação como Processo*, de Clóvis do Couto e Silva

modelação do direito civil brasileiro contemporâneo. Num mundo em que os avanços tecnológicos vão cada vez mais derrubando as fronteiras entre as nações, facilitando os processos de integração, talvez já tenha chegado a hora de pensar que

essas divisões, como as de germanismo e romanismo, são meras expressões diversificadas - não do espírito de um povo, como de certa maneira pareceu, no início da Escola Histórica - mas do mesmo espírito vivo da humanidade.

# O Código de Defesa do Consumidor e os Contratos de Prestação de Serviços Educacionais\*

*Carlos Roberto Barbosa Moreira*

Advogado, Professor de Direito Civil na PUC/RJ

## 1. Introdução

**A**o contrário do que se passa com outros contratos (especialmente os de locação predial urbana para fins residenciais e aqueles envolvendo a concessão de créditos bancários), parece não haver a menor dúvida de que se encontram regidos pelo Código de Defesa do Consumidor os contratos cujo objeto reside na prestação remunerada de serviços de educação, aí compreendidos desde as atividades de ensino desenvolvidas por instituições permanentes (colégios, universidades, cursos de idiomas, academias de ginástica e balé, etc.) até as realizadas por profissionais autônomos (aulas particulares). Em qualquer desses casos, estarão presentes os personagens da relação jurídica de consumo, indicados nos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90: de um lado, o consumidor, o qual, em decorrência da definição ampla adotada no

direito brasileiro, será tanto o próprio aluno (usuário do serviço), quanto aquele que houver contratado, como os pais e tutores; de outro lado, o fornecedor, pessoa física ou jurídica (e até mesmo – por que não? – os chamados “entes despersonalizados”, como uma sociedade *de fato* que explore atividades docentes), que se tenha obrigado a prestar serviços daquela natureza.

Oportuno registrar que, conquanto o tema não suscitasse controvérsia, a Lei nº 8.170/91, a qual estabelecia regras para a fixação dos encargos educacionais, referentes ao ensino nos estabelecimentos particulares de nível pré-escolar, fundamental, médio e superior, dispôs, expressamente, que, “no caso de celebração de contratos de prestação de serviços educacionais, os mesmos deverão obedecer o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor” (art. 3º).

---

Texto (com ligeiras modificações e acréscido de notas) destinado aos anais do X Curso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (setembro de 1996).

Tratava-se de uma dentre muitas daquelas normas que apenas... *chovem no molhado*. Sua revogação – originalmente, pela Medida Provisória nº 932, de 1º de março de 1995 (art. 14), em dispositivo repetido em suas versões posteriores, das quais a Medida Provisória nº 1.477, de 04 de julho de 1996 (art. 12), é a que se encontra em vigor na data em que se escrevem estas notas – em nada afetou a incidência do Código àqueles contratos.

## 2. Informação devida ao consumidor de serviços educacionais; proteção contra a propaganda enganosa; vinculação da oferta

Disciplinada pelas normas do Código, a relação jurídica originada pelo contrato de prestação de serviços educacionais atribui a cada uma das partes envolvidas os direitos e deveres previstos na lei e no próprio negócio jurídico. Aliás, cabe recordar que a atuação do sistema legal de proteção ao consumidor se inicia antes mesmo da efetiva contratação, tutelando os interesses do *potencial* consumidor (isto é, daquele que, embora não tendo *ainda* contratado a prestação do serviço – e que, por isso, não se enquadre na definição do art. 2º –, possa, em tese, vir a fazê-lo): como deixa claro o art. 29 da Lei nº 8.078/90, os dispositivos referentes às “práticas abusivas”, inseridos

em seu Capítulo V, e os que concernem à “proteção contratual”, presentes no Capítulo VI, incidem em benefício de “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele (*sic*) previstas”. No dizer de autorizado intérprete do Código, “o que se exige é a *simples exposição* à prática, mesmo que não se consiga apontar, concretamente, um consumidor que esteja em vias de adquirir ou utilizar o produto ou serviço”.<sup>1</sup>

No terreno desta tutela *prévia*, consagrada em favor de *potenciais* consumidores, algumas interessantes hipóteses têm sido registradas na doutrina e nos repertórios de jurisprudência, relativas à prestação de serviços educacionais.

Em substancioso estudo<sup>2</sup>, a Professora JUDITH MARTINS COSTA analisou espécie curiosa, na qual certo estabelecimento de ensino de segundo grau fizera veicular, em jornal capixaba, publicidade cujo conteúdo, embora rigorosamente verídico, poderia, contudo, induzir o leitor da mensagem a uma falsa conclusão. O caso foi assim descrito: “... o Colégio Salesiano, a pretexto de homenagear o estudante André Luiz Domingues, seu antigo aluno entre a 5ª série do segundo grau e o primeiro científico, divulgou, *em texto graficamente destacado*, o fato de ter o mesmo obtido o primeiro lugar geral no vestibular da Universidade Federal do Espírito Santo – *graficamente também destacando a sua experiência em ‘30 anos de vestibular’*, em texto colocado

*logo abaixo da indicação de seu nome e logotipo* – e inserindo, entre ambos os textos, *em letras de pouquíssimo destaque gráfico*, a expressão do seu ‘orgulho’ com a vitória do ex-aluno que lá estudara pelo menos dois anos antes” (destacado no original). Pouco adiante, fica esclarecido que “o estudante vitorioso realizará os seus estudos pré-vestibulares *em outra escola*, o Colégio Darwin, onde estudará na segunda e terceira séries do segundo grau”. Como facilmente se percebe, conquanto a mensagem não contivesse qualquer informação inexata (aqui, nem sequer seria lícito cogitar de publicidade “enganosa por omissão”, de que trata o art. 37, § 3º, do Código, pois a instituição de ensino informava, *corretamente*, que o aluno já não mais integrava seu corpo discente, no ano da aprovação no vestibular), a apresentação gráfica dos vários elementos que a compunham induziria o leitor à suposição (incorreta) de que o estudante se preparara para o certame no próprio Colégio Salesiano. Na perfeita observação da Professora JUDITH MARTINS COSTA, além de o anúncio, tal como concebido, contrariar a norma do art. 36, *caput* – pois *se pretendeu dissimular o que publicidade é com manifestação de cortesia, o que não (apenas) é*, com a conseqüência de que *a ambigüidade sobre a natureza da peça é*, aqui, a primeira causa do engano –, foram igualmente violadas as regras proibitivas da publicidade enganosa, porquanto “se a maioria dos consumidores não costuma ler o que está grafado em letras pequenas nas peças pu-

blicitárias por ter a sua atenção visual atraída para os tipos gráficos maiores (...), no caso examinado mesmo o leitor do anúncio regularmente cauteloso estabelecerá imediatamente a relação entre o primeiro daqueles textos (“André Luiz Domingues, 1º lugar geral da Ufes”) e o segundo (“Salesiano, 30 anos de pré-vestibular \*50 anos de vitória”). A *ambigüidade da mensagem* é a segunda causa do engano: (grifos no original).

O exemplo, portanto, é ilustrativo da utilidade prática da cláusula “por qualquer outro modo”, presente na definição legal de publicidade enganosa (CDC, art. 37, § 1º): o caráter enganoso da mensagem publicitária não decorre, necessariamente, *daquilo que nela se afirma*, ou *daquilo que nela se oculta* (publicidade enganosa por omissão), mas pode também originar-se da *forma pela qual é apresentada à massa de potenciais consumidores*, ainda que contenha somente informações verdadeiras e não omita “dado essencial do produto ou serviço” (CDC, art. 37, § 3º). Na correta advertência de Jaime Delgado Zagarra, *una afirmación que en sí misma es verdadera puede resultar engañosa para el público en relación con el contexto publicitario en que se transmite*, pois *para analizar un anuncio hay que tomar en cuenta todos sus elementos y el efecto de conjunto, y no aisladamente una frase o una imagen. Podría resultar que cada uno de sus elementos sea inofensivo considerado individualmente, pero unido a los otros, en ciertos casos genera un concepto errado en el público*.<sup>3</sup>

1. ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Forense Universitária, 3ª ed., 1993, p. 147, destacado no original.

2. A guerra do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 6, p. 219 e ss., também publicado sob o título “A ambigüidade das peças publicitárias e os princípios do Código de Defesa do Consumidor”, in *AJURIS*, vol. 59, p. 113 e ss..

3. *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*, coletânea organizada por GABRIEL STIGLITZ, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 158. Em lição substancialmente idêntica, afirma FÁBIO ULHOA COELHO que “a mensagem veiculada pelo anúncio deve ser também examinada mais detidamente, para se caracterizar a publicidade como enganosa. Anote-se, em primeiro lugar, que o potencial de indução em erro deve necessariamente decorrer do exame da peça publicitária como um todo.

Outro caso interessante, decidido pelo Juizado Especial de Bauru (SP), que também guarda relação com o dever de prévia informação ao consumidor, está registrado na *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3, p. 220 e ss.: um casal e sua filha matricularam-se em curso de inglês, “oferecido com método diferenciado de aprendizagem, para turmas de três alunos, pois tinham interesse em fazer juntos, os três, referido curso”. Paga uma importância inicial, os consumidores submeteram-se a uma “entrevista de avaliação”, tomando conhecimento, apenas *nessa oportunidade*, que “não podiam frequentar o curso juntos, na mesma turma”. Desinteressando-se do curso, por causa da restrição que não lhes fora anteriormente exposta, os alunos pretenderam obter, sem sucesso, a devolução do que haviam pago. A hipótese – embora ali decidida também à luz de outros princípios – põe em destaque uma das mais relevantes normas do Código, segundo a qual “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de *tomar conhecimento prévio de seu conteúdo...*” (art. 46, destacamos). Embora o fornecedor pudesse ter bons motivos, até de índole didática, para rejeitar a inclusão, na mesma turma, de três alunos pertencentes a uma só família, obviamente que tal informação deveria ter sido prestada aos consumidores

até o momento da contratação, e não posteriormente. O pagamento da importância inicial, antes da “entrevista de avaliação”, assinala o instante da celebração do contrato, a partir do qual só seria lícito incluir, suprimir ou alterar cláusulas mediante o consentimento de todos os contratantes.

Tem inegável importância prática, de igual modo, o art. 30 do Código, segundo o qual “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Ora, no mercado de serviços *educacionais*, frequentes são as chamadas publicitárias através das quais se exaltam, por exemplo, as características do estabelecimento educacional e as comodidades postas à disposição dos alunos (veiculam-se imagens de quadras para a prática de esportes, piscina, salas de aula dotadas de computadores, etc.) ou a qualificação profissional do corpo docente (transmitem-se mensagens como “nossos professores são formados em universidades estrangeiras”). No terreno dos contratos para aulas particulares, semelhante prática é corriqueira, bastando ao observador folhear os cadernos de classificados de qualquer dos grandes jornais cariocas (“Aulas

Mesmo a publicidade literalmente verdadeira pode ser tida por enganosa se, globalmente considerada, puder induzir o consumidor em erro. Como afirmava um extraordinário anúncio de TV do jornal *Folha de São Paulo* (no qual frases verdadeiras e aparentemente positivas acerca da realidade econômica e política da Alemanha interguerras acompanhavam a construção pontual do retrato de Hitler), pode-se mentir falando apenas verdades. Por certo, uma vez provando o empresário que as informações veiculadas em sua publicidade, isolada e *globalmente consideradas*, revelam-se verdadeiras, então não se verifica o ilícito da enganiosidade” (“A publicidade enganosa no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 8, p. 69 e ss., encontrando-se o trecho aqui reproduzido na p. 73, com destaque nosso).

Francês – professor com *Baccalaureat* em filosofia e letras”, “Inglês – Professor com Doutorado”, “Aulas de pintura – Formado em Belas Artes”). Quando se trata de aulas de idiomas estrangeiros, costuma-se ressaltar a nacionalidade de quem anuncia (“Alemão professor nativo”, “Francês ensina francês”), certamente porque, nesta hipótese, tal elemento pode exercer preponderante influência sobre o consumidor na escolha do prestador do serviço oferecido (presume-se que um estrangeiro conheça e fale sua língua melhor do que um brasileiro que a tenha estudado). Em qualquer desses casos, vincula-se o fornecedor aos termos da oferta, a qual “integra o contrato que vier a ser celebrado” (art. 30, *in fine*), de tal sorte que a eventual desconformidade entre ela e o serviço efetivamente prestado (consideradas as reais características do estabelecimento de ensino ou do professor) configurará *vício da prestação* (art. 20)<sup>4</sup>, abrindo-se ao consumidor a possibilidade de pleitear seja a rescisão do contrato e a restituição do que pagou, seja (se lhes in-

teressar, ainda assim, a prestação, a despeito da divergência entre os termos da oferta e a realidade) o abatimento proporcional do preço (art. 20, nº II e III)<sup>5</sup>. É o que acontecerá, por exemplo, se o colégio não apresentar as características anunciadas na mensagem publicitária, ou se o professor, que se intitulava estrangeiro, for nacional, ou desprovido da titulação acadêmica de que se dizia portador.

Acrescente-se que, incorporada ao contrato aquela informação ou publicidade “suficientemente precisa”, será de todo irrelevante a circunstância de o instrumento contratual, concretamente firmado pelas partes, *deixar de repetir*, em cláusula específica, o que o fornecedor previamente anunciará; e se o contrato contiver estipulação *contrária*, incidirá a regra do art. 47 do Código, segundo a qual “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, pois, nesta hipótese, haverá, simultaneamente, duas cláusulas *distintas* (aquela constante da publicidade ou informação e a que houver sido

4. Embora a norma do art. 30 encontre, aparentemente, na do art. 35 a previsão das sanções ao seu descumprimento (e o intérprete será naturalmente induzido a essa conclusão, porque ambas foram reunidas na mesma Seção de um único Capítulo), certo é que o descompasso entre o teor da mensagem transmitida ao consumidor e a prestação colocada à sua disposição pode caracterizar o *vício de qualidade do serviço*, regulado no art. 20, o qual alude expressamente aos vícios “decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária”: neste sentido, CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, 2ª ed., 1995, p. 232 e 241 (onde a autora cuida especificamente dos vícios de qualidade de produtos, em lição aplicável, *mutatis mutandis*, à hipótese aqui tratada) e PAULO LUIZ NETO LOBO, “Responsabilidade por vícios nas relações de consumo”, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 33 e ss. (acerca da questão, p. 39).

5. Em muitos dos casos de que estamos tratando, estará logicamente excluída a possibilidade de o consumidor se valer da alternativa prevista no inciso I do art. 20 (“a reexecução dos serviços, sem custo adicional”): assim, por exemplo, se não existir, no lugar da difusão da mensagem aos consumidores, outro estabelecimento de ensino, ou se ali não se encontrar quem esteja habilitado a assumir a mesma prestação “por conta e risco do fornecedor” (art. 20, § 1º). De tal solução, porém, será lícito cogitar na hipótese figurada por ZELMO DENARI, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 107: “Assim, se uma escola oferece um curso com um determinado conteúdo programático, o descumprimento do programa autoriza o aluno a pleitear a completude da matéria, o que significa a reexecução dos serviços educativos prestados (inc. I), sem prejuízo das sanções previstas nos incs. II e III do dispositivo comentado”.

estampada no instrumento) regulando, de diferente maneira, a mesma situação.<sup>6</sup>

### 3. Responsabilidade por danos sofridos pelo consumidor durante a execução do contrato

No que tange à tutela ressarcitória do consumidor, no campo dos contratos de prestação de serviços educacionais, vigoram os princípios do Código em matéria de responsabilidade do fornecedor, quer se cuide de fato, quer se trate de vício do serviço (respectivamente, arts. 14 e 20).

A responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço será, em regra, objetiva (art. 14, *caput*), ressalvada, contudo, a hipótese de prestação levada a efeito por profissional liberal (por exemplo, os professores que são diretamente contratados pelo consumidor para ministrar aulas particulares), pois, nesta última, o Código se manteve fiel ao sistema tradicional da responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º). Sobre o ponto, a jurisprudência registra acórdão que, de maneira correta, proclamou ser civilmente responsável, independentemente de culpa, "o estabelecimento de ensino por acidente sofrido pelo educando que se acha sob sua guarda e proteção" (*in Revista de Direito do Consumidor*, vol. 9, p. 156 e ss.). Conquanto a decisão, posterior à vigência da Lei nº 8.078/90, não tenha situado o caso no cam-

po da tutela ao consumidor (preferindo extrair da própria Constituição – art. 37, § 6º – o caráter objetivo da responsabilidade do réu), não pode haver dúvida quanto à incidência das normas do Código, sendo certo, portanto, que, se as tivesse invocado, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais teria concluído de igual modo.

Sublinhe-se que, no tocante ao possível êxito das lições ministradas em instituições de ensino ou por professores particulares, os prestadores de serviços educacionais assumem obrigações de meio, e não de resultado, motivo pelo qual não terá o consumidor direito a qualquer indenização pleiteada, exemplificativamente, com fundamento no insucesso em concurso para o qual o aluno se preparará no estabelecimento do fornecedor.

### 4. Cobrança de dívida: a questão das mensalidades escolares

O Código proíbe, expressamente, o emprego de expedientes vexatórios, por parte do fornecedor, na cobrança de dívidas do consumidor: o art. 42 do Código dispõe, a propósito, que, quando inadimplente, o destinatário final de produtos e serviços "não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça".

6. Durante a sessão conclusiva do evento para o qual este trabalho foi escrito, houve quem colocasse em dúvida a utilidade do dispositivo, sob o argumento de que só se poderia cogitar de sua incidência na hipótese de cláusulas ambíguas. A crítica, todavia, é improcedente: é possível que tanto a mensagem publicitária, quanto a cláusula inserida no documento contratual sejam, ambas, extremamente claras, se isoladamente consideradas. Como o art. 30 determina a incorporação da primeira ao texto do contrato, caberá ao intérprete aplicar aquela "mais favorável ao consumidor", ainda que a outra não ofereça, em si mesma, qualquer dificuldade interpretativa.

A questão da cobrança de mensalidades escolares em atraso tornou-se de grande interesse social: como informa o *Journal do Brasil*, em edição de 31 de julho de 1996, "o calote no pagamento das mensalidades escolares passou de 5% a 6%, no ano passado, para 25% em média, este ano. Levantamento da Federação Interestadual de Escolas Particulares (Fiep), realizado nas principais cidades de 18 estados, mostra que a parcela de carnês atrasados há mais de três meses varia de 20% no Paraná, a 47% no Piauí, em relação ao total. No Rio, o índice é de 26% (...)" (matéria intitulada "Escola leva calote de 25% dos pais", p. 1).

A propósito do problema, registra-se divergência de julgados no tocante à seguinte indagação: pode o estabelecimento escolar, sob a alegação de estar inadimplente o aluno, impedir-lhe a realização de provas, ou se negar à emissão de documentos por ele solicitados, ou, ainda, adotar outras medidas restritivas análogas?

Invocando, com freqüência, dispositivos de natureza constitucional (arts. 5º, nº XXXIV e 205 da Constituição Federal), alguns responderam negativamente à questão: Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 668/85, 670/71, 671/94, 686/103, 700/67; outros, afirmativamente, entendendo admissível a invocação, pelo fornecedor, da exceção de contrato não cumprido: Tribunal de Justiça de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 651/60, 691/96; Tribunal de Justiça do Paraná, *Revista dos Tribunais*, 684/136; Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *Revista dos Tribunais*, 653/176.

Na Lei nº 8.170/91, o problema se achava disciplinado no art. 4º: "São proibi-

das a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos de transferência ou o indeferimento das matrículas dos alunos cuja inadimplência não decorrer de encargos fixados definitivamente e reajustados nos termos desta Lei". A *contrario sensu*, permitia-se a imposição daquelas sanções se, *fixadas ou reajustadas em harmonia com as regras dos arts. 1º e 2º do diploma*, o aluno deixasse, porém, de pagar pontualmente as mensalidades.

Na data em que se escreve este trabalho, vigia norma de conteúdo diverso: o art. 6º da Medida Provisória nº 1.477, de 04 de julho de 1996, assim estatui: "São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas, por motivo de inadimplemento".

### 5. As ações coletivas como mecanismo de controle das mensalidades escolares: a (controvertida) questão da legitimidade do Ministério Público

A sucessão dos diferentes critérios legais para a fixação e reajuste das mensalidades escolares, impostos ao longo dos últimos anos, e as várias dúvidas que tal legislação suscitava provocaram o ajuizamento de muitas ações contra os fornecedores de serviços educacionais. Em alguns casos, o Ministério Público propôs ações civis públicas, visando a impedir aumentos abusivos das mensalidades escolares ou a coibir a imposição de sanções aos estudantes inadimplentes. Nesses proces-



sos, acesa controvérsia se travou sobre a legitimação do *Parquet* para atuar em prol dos alunos, com reflexos na jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, onde se registram acórdãos sustentando teses antagônicas (em sentido *negativo*: Recurso Especial nº 35.644-MG, 1ª Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU de 22.11.93, e na *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, 54/306; Recurso Especial nº 47.019-MG, 1ª Turma, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU de 06.06.94, p. 14.254; Recurso Especial nº 46.130-PR, 1ª Turma, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJU de 20.06.94, p. 16.062; em sentido *afirmativo*: Recurso Especial nº 38.176-MG, 4ª Turma, in *Revista dos Tribunais*, 723/283; Recurso Especial nº 84.599-SC, 4ª Turma, Relator Ministro Barros Monteiro, DJU de 10.06.96, p. 20.342).<sup>7</sup>

A *vexata quaestio* envolve, em realidade, diferentes indagações. Nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça desfavoráveis à atuação do Ministério Público, sustentou-se, nitidamente, a idéia de que se

qualificavam como *individuais homogêneos* (CDC, art. 82, parágrafo único, nº III) os interesses de pais e alunos na observância dos critérios legais de fixação e reajuste das mensalidades escolares, e que, por isso, faltaria legitimidade *ad causam* àquela instituição, somente legitimada nas hipóteses de interesse *difusos e coletivos*, de acordo com o art. 129, nº III, da Constituição Federal.<sup>8</sup>

Parece correto o enquadramento dos interesses em disputa entre aqueles denominados *individuais homogêneos*, caracterizados pela circunstância de apresentarem “origem comum”. Neles não se identifica a indivisibilidade do objeto, típica dos interesses metaindividuais, em qualquer de suas espécies (difusos e coletivos): as várias relações jurídicas, decorrentes dos diferentes contratos firmados entre fornecedor e cada um dos consumidores, são distintas, não se confundindo umas com as demais, nem sofrendo qualquer delas a mais mínima influência dos fatos e atos que só a uma outra digam respeito. Imagine-se o seguinte exemplo: o estabelecimento de ensino fixou o

7. Nos três casos decididos pela 1ª Turma e no primeiro dentre os dois indicados precedentes da 4ª Turma, cuidava-se de ações sobre aumentos de mensalidades; no último dos acórdãos citados no texto, a ação civil pública fora ajuizada para “fazer cessar as restrições incidentes sobre alunos, cujos pais vinham discutindo com o estabelecimento acerca do montante das mensalidades escolares”, com isso possibilitando “aos estudantes, nominados na inicial, a realização de provas e testes, fornecendo-lhes as respectivas notas, bem como os boletins, incluindo seus nomes nas listas de chamada e, entregando, afinal, os documentos necessários a transferência àqueles que a requereram” (trechos do relatório do Ministro BARROS MONTEIRO). A questão da legitimidade ativa do Ministério Público, em ambas as hipóteses, é, porém, idêntica. Veja-se, ainda, sobre a matéria, o acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 18, p. 198 e ss., no qual se qualificou como *individuais homogêneos* os interesses de pais de alunos em obter a revisão de mensalidades escolares, admitindo-se a legitimação do Ministério Público.

8. O citado acórdão no Resp. nº 84.599 – SC, em relação ao tema ali versado (cessação de restrições impostas a determinado grupo de alunos), entendeu que a hipótese era de interesses *coletivos*, qualificação igualmente adotada no acórdão proferido no Resp. nº 38.176-MG, que cuidava do problema da fixação das mensalidades. Ousamos divergir dessa qualificação, pelos argumentos deduzidos no parágrafo subsequente do texto, também aplicáveis, *mutatis mutandis*, ao caso de penalidades *individualmente* impostas a vários estudantes.

9. Contra, enquadrando o caso entre os de direitos coletivos, NELSON NERY JÚNIOR, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 620 e ss.

valor de suas mensalidades de acordo com certo critério, contestado por grande número de pais de alunos, que o reputam ilegal. O fornecedor persiste na aplicação de seu próprio critério; porém, quanto às mensalidades dos filhos de A, B e C (a quem o dono do colégio, por um motivo qualquer, pretende agradar), aceita adotar o critério pretendido pela comunidade de pais. Percebe-se, aí, com grande facilidade, uma situação na qual, simultaneamente, os direitos de uns estarão sendo respeitados, enquanto os de todos os demais, lesados. Não se configura, portanto, aquela situação descrita como de “comunhão tipificada pelo fato de a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ispo facto*, lesão da inteira coletividade”.<sup>10</sup>

Partindo-se, então, da premissa de que tais hipóteses envolvam interesses individuais homogêneos, pergunta-se: estará o Ministério Público legitimado à propositura da ação civil pública, conquanto o art. 129, nº III, da Constituição somente aluda a interesses difusos e coletivos?

Alguns dos mais autorizados intérpretes do Código têm respondido afirmativamente à questão, sob o argumento de que a própria Constituição, no art. 129, nº IX, possibilitou ao legislador ordinário a atri-

buição de outras funções ao *Parquet*, o que efetivamente teria ocorrido com a edição da Lei nº 8.078/90 (art. 82, nº I) (ADA PELLEGRINI GRINOVER, parecer in *O Processo em evolução*, Forense Universitária, 1ª ed., 1996, p. 423 e ss., também publicado na *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 5, p. 206 e ss.; NELSON NERY JÚNIOR, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., p. 627; TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, *Comentários ao Código do Consumidor*, Aide, 3ª ed., 1991, p. 105; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Manual do Consumidor em Juízo*, Saraiva, 1994, p. 23). Não há, contudo, unanimidade (GALENO LACERDA, parecer publicado na *Revista Forense*, 333/193; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “Ação civil pública e sua abusiva utilização pelo Ministério Público”, in *Ajuris*, vol. 56, p. 35 e ss., especialmente p. 51/52, onde se indica acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que considerou Ministério Público parte ilegítima para ajuizar ação civil pública visando a obstar a majoração de preços de serviços prestados por estabelecimentos de ensino).

Como a questão envolve a exegese do texto constitucional, é possível imaginar que, mais cedo ou mais tarde, será convocado a resolvê-la o Supremo Tribunal Federal.

10. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Temas de Direito Processual Civil* (3ª Série), Saraiva, 1984, p. 184.

# Estado de La Doctrina y la Jurisprudencia en la Responsabilidad Medica

*Celia Weingarten*

Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade de Buenos Aires, Argentina

## 1. Introducción.

**E**l ejercicio de la medicina, historicamente, se asentó sobre bases paternalistas, el médico asumía un papel casi sacerdotal, estableciéndose con el paciente una especie de relación divina y científicamente incuestionable, en cuyas manos se encontraban la vida o la muerte del individuo.

El contrato implicaba entonces una situación de sumisión del paciente en la toma de decisiones respecto de su cuerpo y la dirección de la intervención médica; todo quedaba librado a la voluntad del médico. Su carácter sagrado y venerable le confería una situación de privilegio, autoridad e impunidad, que escapaba a todo juicio de responsabilidad.

Ningún lugar había para la negligencia, ni siquiera para el error, y tampoco ninguna diferencia había entonces entre el verdadero supuesto de incurabilidad o aquellos de la mala praxis. La respuesta de la sociedad y de la víctima era la resigna-

## SUMARIO

1. Introducción.
2. Caracterización del contrato médico como de adhesión.
3. El deber de información.
4. El acto médico: la discrecionalidad científica y su adaptación a las circunstancias contextuales del paciente. Su relación con el daño.
5. Sistemática probatoria. Actividad procesal de las partes.
6. La obligación de indemnidad de los establecimientos asistenciales.



ción, el resultado inalcanzado era simplemente calificado como un desenlace inevitable que el paciente debía aceptar como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma.

Hoy día la responsabilidad civil del médico transita por caminos diferentes. Desde esa confianza ciega y falta de cuestionamiento científico-social de entonces, se inicia un camino inverso de desmitificación y quiebra de la inmunidad del que los médicos han gozado hasta no hace mucho tiempo, aun cuando algunos resabios de esa época lamentablemente perduran.

Distintos acontecimientos han signado estos nuevos rumbos, y otros son los escenarios que han contribuido a la evolución de la responsabilidad médica.

Con el vertiginoso desarrollo de la ciencia y tecnología médica operada en la segunda mitad de este siglo, la medicina se vi "sustentada por un mayor aporte técnico y científico, lo que implic" la sujeción del accionar médico a esos principios y métodos establecidos por la ciencia médica. Ello marca un tránsito que va de una concepción autoritaria a otra de tipo "cientificista" de la prestación médica.

A partir de la consagración de los derechos del Hombre, comienza un proceso de afianzamiento de los derechos individuales, que luego evolucionaron hacia el desarrollo de los derechos personalísimos. De ellos se derivan un amplísimo reconocimiento de otros derechos de la persona, otorgando protección a aspectos funda-

mentales ignorados por nuestro Código del siglo pasado, colocando hoy al hombre en el centro del sistema jurídico.

Entre ellos se ubica el derecho a la información, que se incardina en el marco más amplio de la libertad, y tiene una significación instrumental pues a través de ella se posibilita el ejercicio de otros derechos que involucran distintos aspectos de los pacientes, tales como el de disposición del propio cuerpo, su libertad personal, de decidir su vida, etc.

En otro plano, aparece la figura del consumidor, como sujeto necesitado de primordial atención y protección por el derecho, el que se proyecta en diversos ámbitos reclamando esa actitud tuitiva, jerarquizando luego por la reforma constitucional de 1994.

Sin duda se asiste a una evolución de trascendencia en este campo, de la que pretendemos dar cuenta. Dado los límites de este trabajo, solo habremos de analizar algunos de los aspectos más opinables de la responsabilidad médica, para tratar de hacer un aporte más hacia su esclarecimiento.

## 2. Caracterización del contrato médico como de adhesión.

Se trata de una relación que pone de manifiesto una desigual situación jurídica, psicológica y científica de los contratantes, que rompe con el modelo contractual paritario concebido por Velez Sarfield, como un acuerdo que se celebra entre iguales que poseen similar poder de negociación, en libertad.<sup>1</sup>

Uno de los rasgos distintivos de la contratación profesional es el "carácter científico intelectual" de la prestación, en el que prevalece el saber del profesional en un campo del conocimiento ajeno al paciente.

Dado este carácter eminentemente científico que presenta el contrato, desaparece la libertad de configuración de su contenido, al carecer el paciente de los conocimientos científicos necesarios.

Se suma a ello, el propio estado de salud del paciente que reclama asistencia<sup>2</sup>. El individuo enfermo, temeroso por su salud y quizás por su vida, se presenta con frecuencia como "débil, desvalido, dependiente y fácilmente manipulable" por el profesional, en cuya actuación confía, y ello determina que se ponga en manos de su acción curativa, lo que provoca una conducta de **disposición y sumisión del paciente frente a su médico. Es sabido como cualquier enfermedad, por mínima que sea, sume a cualquier sujeto en un estado de indefensión y debilidad psíquica, colocando al profesional en una situación de poder.**<sup>3</sup>

Este condicionamiento subjetivo-objetivo, se coloca en situación de "conexidad" con otro factor de trascenden-

cia: "la influencia psicológica de la confianza en el profesional" en el proceso de curación, no solamente a partir de sus calidades específicas y la consecuente confianza que genera, que influye decisivamente en la eficacia terapéutica, sino que además se convierte, por distintos mecanismos psicológicos, en parte esencial del proceso curativo, ya que es quien promueve y dirige la curación del enfermo.<sup>4</sup>

Esta posición asimétrica de la relación profesional, en la que el paciente asume el rol del más débil frente al **poder científico** del facultativo desequilibrante de la relación contractual, es la que nos permite encuadrarla dentro de la estructura de adhesión de modalidad individual.

El contrato no es ya el resultado de una decisión libre y voluntaria que el consentimiento implica, y poco tiene que ver con la igualdad de los sujetos contrattantes que la teoría contractualista postula, sino que es la expresión de la superioridad socio-cultural del facultativo sobre el paciente. No hay entonces un verdadero consentimiento, sino que el paciente solo expresa su asentimiento,<sup>5</sup> y por lo tanto resulta revisable judicialmente.

Dado que el contrato médico se realiza por la estructura de la adhesión, en-

1. Weingarten Celia en Ghersi Carlos "Responsabilidades Profesionales", vol. 1, pag. 59 y sgtes, Ed. Astrea. Bs. As. 1995.

2. Weingarten Celia, Contrato y Responsabilidad Médica: El deber de información y el consentimiento informado (Una visión crítica), Jurisprudencia Argentina, Semanario Marzo 19 de 1997.

3. Consult. Galbraith, John "La anatomía del poder", Ed. Plaza, Janes, Madrid 1985.

4. Jones, Jesse E. v/ Georgetown University Hospital 1964, Corte Federal de Apelaciones del Circuito de Columbia: "Los esquemas normales jurídicos de la relación médico paciente están basados en estructuras jurídicas contractuales o comerciales que se ven debilitadas en situación de urgencia, de vida o muerte. No está claro que el paciente pueda dirigir el tratamiento aplicable bajo limitaciones de las que se deriva irremediablemente la muerte".

5. Lipari Nicolo, "Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza", Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1989, pag. 336 "No se trata de un acto volitivo, sino un hecho meramente cognoscitivo de una de las partes. En otros términos, faltaría en tales hipótesis, la formación de un verdadero y propio acuerdo en sentido técnico jurídico".

tendemos que son alcanzados por la regulación de la Ley de Defensa del Consumidor Nro. 24.240.

Sin embargo, dicha normativa establece ciertas exclusiones, entre ellas la de los profesionales liberales que requieren título universitario y matriculación, salvo la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

Siendo la nota tipificante de las prestaciones médicas la conformación por contratos de adhesión, entendemos que solo quedarían excluidos de la aplicación de la ley los contratos con profesionales liberales cuando son de negociación individual y no cuando esos contratos se celebren a través de los contratos de adhesión, que son la mayoría.

Por ende, esa contradicción que la ley presenta debe resolverse hacia su aplicación, confirmando así su finalidad teleológica, que es la de proteger a quienes se encuentran en condiciones de minusvalía genética de esas estructuras negociales.

### 3. El deber de información.

Frente a esta notoria desigualdad que las partes exhiben, en especial el mayor conocimiento científico del profesional, el derecho de información adquiere especial significación pues tiene como finalidad morigerar ese desequilibrio genético-funcional, colocando en manos del paciente una "herramienta de control" para limitar el poder cultural desequilibrante de los profesionales.

La relevancia de la información ha justificado su consagración constitucional,

en su reforma de 1994 que, al reconocer el derecho primario o básico del derecho de acceso al consumo, se incluye una serie de derechos sustanciales, entre ellos a la protección de su salud, seguridad, y específicamente, el derecho a obtener información adecuada y veraz.

En materia de contratación médica, algunas disposiciones aisladas establecen tales deberes informativos, así por ejemplo en materia de trasplantes, sida, y la ley de ejercicio de la medicina Nro. 17.132 que al requerir del paciente conformidad por escrito en las operaciones mutilantes, conlleva implícitamente la obligación de información previa para permitirle ejercer esa facultad.

A partir de tales prescripciones que son aplicables analógicamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes en la existencia de un deber legal y contractual del profesional de informar.

Sin embargo, el tema presenta aristas que exhiben una notable complejidad, como es lo inherente al denominado "consentimiento informado", que parte de la doctrina sostiene y que no compartimos, en especial cuando se lo pretende imponer como condición de licitud o eximente de responsabilidad del acto médico.

Dado las características de la relación médico-paciente del que antes dábamos cuenta, entendemos que el consentimiento prestado por el paciente se encuentra sumamente restringido por múltiples factores<sup>6</sup>, como por ejemplo su falta de conoci-

mientos científicos para comprender variables terapéuticas, su propia condición de enfermo, la relación de dependencia y sumisión con respecto al profesional, etc. que condicionan y reducen la capacidad de elegir, decidir, o tomar opciones.

De allí que, como regla general, el consentimiento no tiene la amplitud que estas teorías postulan, porque los pacientes y los médicos no son iguales en cuanto a posesión de información ni a su capacidad de controlar las circunstancias en las que se encuentran. Concretamente, una de las partes está sana y tiene los conocimientos médicos, mientras que la otra está enferma y no los tiene.<sup>7</sup>

Es cierto que la falta de información puede coaccionar las opciones de una persona; cuanto menos información disponga, menos posibilidad tendrá para tomar una decisión, y esto en sí y per se es violatorio de los deberes constitucionales y autónomamente potencial generador de daño.

Aun disponiendo de información, sin embargo, no siempre el paciente es capaz de manejar y comprender la información que se le suministra, ni tampoco puede captar los hechos relevantes de su estado, ni de las posibles alternativas terapéuticas, o comprender el significado de un tratamiento o técnica propuesta.

En la doctrina y jurisprudencia extranjera, la eficacia jurídica del consentimiento es más restringido, y ha expresado

que, "allí donde opere una relación de dependencia, traducida en una marcada inequitatividad en los poderes respectivos de las partes y de la superioridad del más fuerte sobre el más débil, el consentimiento no es genuino. Esta situación de poder se presume en la relación médico paciente, y esto es lo que hace difícil distinguir la coerción y la manipulación, de la simple persuasión, o el consejo de la influencia".<sup>8</sup>

La realidad es que el profesional propone, y el paciente, al no estar científicamente capacitado para comprender el contenido del contrato y tomar decisiones, tan solo se limita a someterse o no al tratamiento que él ha propuesto como el más adecuado.

Por ende, su "eficacia jurídica" es muy limitada, y no constituye una eximente de responsabilidad del profesional, siendo susceptible de ser revisada judicialmente. De otro modo, se correría el peligro de que bajo el "aparente" consentimiento del paciente -generalmente instrumentado en formularios preelaborados- se legitime cualquier práctica médica, convirtiéndose en un mero formalismo, protector corporativo de la mala práctica médica.

Es por ello que dadas las limitaciones científicas y psicológicas del enfermo, entendemos que el contenido de la información solo puede versar sobre los riesgos que el tratamiento conlleva, pero no sobre la técnica o estrategia a seguir, pues esta concierne al contenido del contrato e

6. Díaz Picazo, Luis, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Ed. Tecnos, Madrid 1970, pag. 110: "La voluntad en el consentimiento presupone un perfecto conocimiento del alcance del negocio y la libertad de querer sus consecuencias".

7. Beauchamps, Tom L. y McCullough, Laurence B "Ética Médica. Las responsabilidades morales de los médicos", pag. 46 Ed. Labor, Buenos Aires 1987.

8. Linden, Allen M Canadian Tort Law, Ed. Butterworths, Toronto and Vancouver, 1993, pag. 65.

involucra aspectos científicos<sup>9</sup> que el paciente, por no comprenderlos adecuadamente, no puede validamente "consentir".

La función de la información es pues la de dar a conocer los riesgos propios de la estrategia terapéutica que el médico ha considerado como la más apropiada, en forma clara, comprensible y adaptada a la situación socio cultural del paciente<sup>10</sup>, de manera tal que le permita decidir someterse o no al mismo, y esto último con limitaciones.

De acuerdo con lo que venimos exponiendo, cuando el paciente presta su "asentimiento" a un tratamiento o intervención médica, ello no significa la convalidación del mismo y queda abierta la posibilidad de su revisión. Es decir que **no opera como condición de licitud o eximente de responsabilidad del acto médico**. En ese caso, si la estrategia no ha sido la adecuada el facultativo para eximirse de responsabilidad, deberá acreditar que ha actuado de forma diligente e idónea y con adecuado fundamento científico. Fundamentalmente exige la demostración que la terapéutica utilizada no ha sido arbitraria y que dentro de la discrecionalidad científica del que goza y las distintas variables científicas que dispone "ha optado por aquella que cuenta con una mayor idoneidad objetiva", en función de la patología, las circunstancias particulares del enfermo y el desarrollo evolutivo de la medicina (art. 512 CC).

#### 4. El acto médico: la discrecionalidad científica y su adaptación a las circunstancias contextuales del paciente. Su relación con el daño

Emerge para el médico una obligación de hacer consistente en el desarrollo de una conducta técnica y científicamente adecuada, conforme el estado de la ciencia, tendiente a la obtención de cierto resultado, aunque este no pueda garantizarse.

En este sentido, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial es que el profesional goza de una amplia discrecionalidad científica<sup>11</sup> – consecuencia de la independencia intelectual inherente a cualquier profesional liberal –, que le permite, en base a un saber actualizado de la ciencia optar entre distintos caminos alternativos científicamente posibles e iguales para actuar sobre determinada patología, previamente diagnosticada.

Una enfermedad puede ser objeto de varios tratamientos, todos con valor terapéuticos, y no puede exigirse al médico la sujeción a un método en particular. Lo importante es que el método o tratamiento debe aparecer como objetivamente como uno de los considerados adecuados para esa enfermedad, teniendo en cuenta el estado de la ciencia, es decir que frente a distintas

alternativas terapéuticas científicas, el médico puede optar por alguna objetivamente idónea de acuerdo a las reglas de la ciencia médica<sup>12</sup> para casos similares descriptos en obras científicas, del cual pueden esperarse determinados resultados.

Esta decisión es en base a un saber médico objetivo e involucra la utilización de terapias habitualmente reconocidas por la ciencia médica, abandonando aquellas prácticas o métodos en desuso, extraños o peligrosos, acorde con el desarrollo científico (referenciado al espacio geográfico de su actuación).

En un segundo paso, y una vez evaluada la posibilidad objetiva en abstracto, el médico debe producir la adecuación subjetiva de aquellos caminos científicos, de acuerdo a la que considere más adecuada, no solo en función a su patología, sino teniendo presente además las circunstancias contextuales condicionantes del paciente, su estado de salud, aspectos económicos, culturales, ambientales etc. que influyen y limitan el accionar profesional.

La mayoría de los conflictos de la responsabilidad médica son causados por la organización en la prestación, insuficiencia de materiales humanos, técnicos, etc, en la que el médico solo actúa como detonador del daño, imputandosele luego una responsabilidad que no le corresponde<sup>13</sup>. De allí que hoy día la responsabilidad del médico debe ser estudiada no aisladamente sino

dentro de la estructura en que desarrolla su profesión, como ya nuestro más Alto Tribunal pusiera de relieve al diferenciar al profesional aislado del que ejerce en el contexto de una obra social<sup>14</sup>.

Con frecuencia el profesional de la medicina debe rectificar o elegir terapéuticas conforme a los medios económicos directos (coberturas de obras sociales o empresas privadas) o indirectas (capacidad de pago del paciente frente a aparatología, farmacias, etc.) que luego repercuten en la salud del paciente (causa en el paciente). Ello se encuentra relacionado con los condicionamientos del segmento causal, en la que se deben ponderar algunos otros condicionamientos que tienen relevancia en la producción del daño, que si bien no alcanzan a caracterizarse como causa – causa adecuada – y permanece en calidad de condicionante, inciden en la producción del daño.

Dado estos condicionantes contextuales, la valoración de la conducta discrecional médica, debe ser efectuada en un doble sentido, no solo en función de la ciencia médica actualizada, – en abstracto – sino también valorando el estado de cosas y el contexto en que el acto médico es emprendido, con los recursos y posibilidades que haya tenido el profesional en concreto, es decir conforme las circunstancias de lugar, tiempo y persona. (condicionantes contextuales).

9. Weber, Max "Law in Economy and Society", Ed. Harvard University, 1954, pag. 323: "El conocimiento es el instrumento de una o más personas para realizar su propia voluntad contra la voluntad de otro u otros que participan del mismo acto".

10. Corte Suprema de Buenos Aires, "Kaspar v. Sanatorio Mitre", K 24 XXIV.

11. Weingarten Celia y Ghersi Carlos "La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la seguridad de los pacientes en los hospitales". Voz de la doctrina sobre la Jurisprudencia, Nro.1, año 1997.

12. Barreiro Agustín Jorge "La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica", pag. 47 Ed. Tecnos. Madrid. 1990.

13. Lorenzetti Ricardo, "Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional", La Ley, ej. del 5/7/1996.

14. Corte Suprema, Marzo 29-1984, González Orono de Leguizamón, Norma M. c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines, La Ley 1984-B-389.

De allí que el concepto de discrecionalidad científica es sometida actualmente a un proceso de revisión crítica, acorde con un criterio más realista que descansa no solo en una valoración puramente objetiva del acto médico, sino en función de esos otros factores que también forman parte de esa realidad y de las que no puede prescindirse. El médico forma parte de su entorno al que debe necesariamente adaptarse; sus actos no dependen solo de él sino de circunstancias externas que lo trascienden y condicionan, afectando inclusive su libertad.<sup>15</sup>

El tema se encuentra ligado con la relación de causalidad, en la que la valoración del hecho humano médico asume relevancia para poder establecer cuando un comportamiento puede causar adecuadamente un resultado para efectuar la atribución de responsabilidad.

Si el médico actúa conforme un criterio de discrecionalidad científica, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo optando por alguna de las variables objetivamente idóneas de acuerdo a las reglas de la medicina conforme una adecuación a la naturaleza de la patología, características del paciente y recursos materiales y económicos existentes, no introduce causalidad alguna para la producción del daño.

En ese caso el resultado lesivo no puede serle atribuido a su acción u omisión,

sino a la propia causalidad natural del paciente (su enfermedad) o a condicionantes tecnológicos, económicos, regionales, etc., es decir desplaza la causa y lo coloca fuera del accionar médico.

El paciente asume entonces el riesgo de su enfermedad y también el riesgo del tratamiento, realizado con condicionantes inadecuados no dependientes del médico. Ello sin perjuicio de que el daño pueda ser atribuido al ente asistencial, hospital, empresa de medicina, etc.

## 5. Sistemática probatoria. Actividad procesal de las partes.

Una de las cuestiones más debatidas es sin duda lo atinente a la problemática de la carga probatoria.<sup>16</sup> La jurisprudencia durante mucho tiempo y casi en forma unánime, sostenía que la prueba estaba en cabeza del acreedor o de la víctima que lo alega en toda su extensión. Actualmente el tema ha sufrido una importante evolución y fraccionamiento. El estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, es que el médico debe contribuir con la carga probatoria, y en especial en la prueba del antecedente y la relación de causalidad, que configuran los hechos centrales para la reparación del daño.

Quien pretende la reparación debe alegar, acreditar y probar el hecho genera-

dor, la existencia del daño, y estalecer que esta "consecuencia" ha sido generada por el "hecho tal cual lo reconstruyó".

A su vez, el demandado tiene que realizar una conducta procesal "activa de colaboración" – porque es de su interés – en la reconstrucción histórica del hecho causal, y "destructiva" en cuanto a ligazón-causalidad – de aquel hecho con el daño. Es decir, debe alegar y probar que el daño está fuera de su accionar (vg. caso fortuito, fuerza mayor, culpa de un tercero por el cual no debe responder, etc.); o bien atacando la no reparabilidad del daño, vg. el daño era previsible pero inevitable.

Desde el enfoque procesal, la necesidad de que ambas partes concurren a la carga de la prueba encuentra su fundamento en la aplicación de las reglas procesales, correspondiendo no solo a quien **afirma** un hecho, sino también a quien **niega** su existencia.

En suma, quien **alega** un hecho debe probarlo, de modo tal que cada parte debe postular y probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Se trata de una carga procesal que aparece no solo como un deber jurídico, sino como un imperativo del propio interés. Es una facultad que se le adjudica a las partes para avalar su interés, e implica que, de no hacerlo, se asumirán las consecuencias.

Este criterio encuentra sustento además en el deber de colaboración y buen

na fe (art. 1198 CC), de cuyo cumplimiento no queda exento ninguno de los litigantes, más allá de su posición en la litis.

Otro sector doctrinario y jurisprudencial trata de paliar la situación de la víctima frente a una mejor posición basado en el privilegio del facultativo,<sup>17</sup> por tratarse de una vinculación procesal jurídica que enfrenta a un experto y un profano en la materia (las llamadas cargas probatorias dinámicas). Dada la naturaleza de los hechos que se ventilan, relacionado con aspectos técnicos científicos que el paciente no puede conocer ni valorar con la precisión científica, se entiende que sobre el debe pesar la carga de alegar y demostrar el desarrollo fáctico-científico de la conducta realizada, evitando colocar al paciente en desigualdad de condiciones.

Conforme lo expresado, corre por cuenta del médico la prueba de su obrar discrecional. En este sentido, debe primero acreditar que la estrategia elegida es una alternativa de la ciencia médica (presupuesto objetivo), y que entre varias opciones posibles vigentes, ha optado por un método con sustento científico; segundo, que ha realizado un análisis de adaptación en función de la tipología de la enfermedad y las circunstancias condicionantes externas del caso.

Por consiguiente, la acreditación del acto discrecional médico conduce a desconectar el resultado dañoso del hecho profesional; el daño no es ya la consecuencia

15. Martínez García, Jesús Ignacio "La imaginación jurídica", Ed. Debate, Madrid 1992, pag. 129: "La teoría de sistemas reorienta el principio de acción clásicamente ligado al sujeto aislado y lo sustituye por la perspectiva de sistemas sociales de acción. La subjetividad del individuo racional y todo el aparato conceptual abstracto ligado a ella – decisión, intención, fines, elección de medios apropiados o no, previsión de consecuencias – aparece reformulado. El problema del orden social ya no se plantea en términos de una convergencia de voluntades, sino de una construcción social de estructuras cuyo último elemento es la acción".

16. Weingarten Celia, Ghersi Carlos, "Responsabilidad médica: La doctrina en casación de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina T 1993-II-891.

17. "Tratándose de una acción por daños y perjuicios derivados de un hecho médico, si bien ambas partes deben acreditar sus derechos y desvirtuar sus obligaciones, como forma de colaborar en el logro de una aplicación justa del derecho, es evidente que la carga pesa sobre quien se encuentra en mejor situación para producir pruebas, en el caso, el médico, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de ellos". CNCiv. Sala I Octubre 25-990 ED 141-285.

de su conducta, con lo cual "outro" sera el "hecho generador", el que puede obedecer a la causalidad de la victima (vg. causa predisponente en el organismo del paciente), u factores condicionantes externos, vg. causa fortuito o fuerza mayor, o bien a otras situaciones objetivas ajenas al obrar medical o provenientes de la organizacion hospitalaria.

Como vemos, no se trata que el actor deba probar la culpa, ni tampoco implica inversion de la carga probatoria para el profesional, sino que es la verificacion objetiva de la conduta cientifica del facultativo, que de producirse, ubican la causa del daño fuera de su órbita.

De este modo, la reconstrucción del hecho causal cobra trascendencia y no se hace necesario introducirse en el plano de la culpabilidad que aparece como deducción de logica juridica que el daño se encuentra fuera de su accionar; se impide que se concrete su responsabilidad al no configurarse los presupuestos básicos de la reparación.

## 6. La obligación de indemnidad de los establecimientos asistenciales

Los establecimientos asistenciales asumen frente al enfermo una obligación tácita de indemnidad que le asegura la prestación de un adecuado servicio, preservándolo de eventuales fallas del sistema.

La tendencia actual es la objetivación de la responsabilidad de los establecimientos asistenciales, ya sean publicos o privados. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia es la de interpretar en forma mas restrictiva los supuestos de culpa del medico que presta servicios en los Hospitales Publicos, pero a la vez amplia considerablemente la responsabilidad de estas instituciones publicas en terminos objetivos, sobre la idea de una deficiente organización del servicio.

Frente a este "deficiente funcionamiento del servicio" el Estado responde directa y objetivamente, pues hace a su propia función, y no a la actuación del profesional o dependiente pues parte de una situación objetiva de falta o deficiencia del servicio que el Estado por mandato constitucional debe garantizar pues constituye uno de los fines esenciales y propios del Estado que justifican su propia existencia<sup>18</sup>. De tal modo, si el servicio no funciona, o funciona tardíamente, queda atrapada la responsabilidad estatal por omisión, lo cual cada vez mas se va a dar en el final de la década por la destrucción de las herramientas con que el Estado presta sus **funciones sociales indelegables** (hospitales, instrumentales, etc.)

Lamentablemente la ficción de la relación de causalidad adecuada<sup>19</sup> no nos

permite avanzar en la verdadera causalidad condicionante<sup>20</sup> que se eleva al umbral superior de los funcionarios que deben por la Constitución Nacional organizar adecuadamente el Servicio, vg. el Ministerio de Salud, y de esta forma el sistema logr" hacer eludir la verdadera responsabilidad.

Principios similares son aplicados en el **ambito de los servicios privados**. Resulta interesante señalar que un sector importante de la doctrina extranjera<sup>21</sup>, siguiendo las corrientes mas modernas en materia de responsabilidad, considera al establecimiento asistencial privado como una **empresa de servicios medicos**, introduciendo el moderno concepto de **empresa o ejercicio de una actividad de empresa**, como un factor autónomo atributivo de responsabilidad.

El fundamento es que se trata de una **actividad económica empresarial**, de donde la responsabilidad del establecimiento

asistencial resulta de la misma estructura económica y jurídica de su organización, lo que jurídicamente se traduce en la imputación a su patrimonio de las actividades que realiza. El hecho de tratarse de una empresa que actúa con finalidad de lucro a través de la prestación medica que desarrolla, impone correlativamente la obligación de cargar con los daños que con tal actividad produzca.<sup>22</sup>

Esta tendencia objetivadora de la responsabilidad constituye un fenómeno mundial actual, mas acorde con los principios de equidad y protección a la victima, y tanto la doctrina y jurisprudencia extranjera<sup>23</sup> han enfatizado sobre el derecho de los usuarios a un concreto funcionamiento del Hospital Publico en los terminos que acabamos de enunciar, y sobre el cual existe una copiosa jurisprudencia, especialmente en el derecho frances, denominada "faute de service".

18. "Quien contrae contrae la obligación de prestar un servicio - en el caso, de asistencia a la salud de la población - lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en función del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución irregular", Corte Suprema Justicia Diciembre 11-1994. Brescia Noem! L. c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios. Jurisprudencia Argentina 1997-II, síntesis.

19. Idem nota 15, pag.80.

20. Michel Foucault, "Discurso, poder y subjetividad", pag. 46 y ss. Ed. El cielo por asalto, B.As. 1995.

21. Memeteau Gerard "La responsabilité civile médicale en droit compare francais et quebecois", Université Mc. Gill, Montreal, 1990, pag.120.

22. Ghersi Carlos A. La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad, en obra "La responsabilidad". Homenaje al Dr. Isidoro Goldenberg, pag. 346, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995.

23. idem nota 21, pag.119

# La Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas y la reforma del derecho de custodia y de visita en Alemania\*

*Christoph Benicke*

Professor Assistente da Universidade de Heidelberg no Instituto de Direito Estrangeiro e Direito Internacional; Doutor em Direito pela Universidade de Heidelberg

## I. Introducción



Alemania se encuentra en una nueva etapa de reformas del derecho de

familia. En los últimos años el gobierno presentó proyectos de reforma para diferentes temas del derecho de familia.

---

Este es la versión escrita y ampliada de una conferencia dada el 9 de abril de 1997 en la Universidad Federal de Rio Grande de Sul.

Literatura citada en forma abreviada: Baer (1993), Übereinkommen der Vereinten Nationen ueber die Rechte der Kinder, NJW 1993, 2209; Baer (1989), Neue Lösungen im Kindschaftsrecht, ZRP 1989, p. 344; Beitzke/Luederitz, Familienrecht, 26. ed. Muenchen 1992; Broetel (1996), Die Defizite im deutschen Kindschaftsrecht, gemessen an der Europaischen Menschenrechtskonvention (EMRK), en Koeppel (ed.), Kindschaftsrecht und Voelkerrecht, Neuwied 1996, p. 49; Broetel (1996a), Der Rechtsanspruch des Kindes auf seine Eltern, DAVorm 1996, p. 745; Buettner, Kindschaftsrechtsreform in England, FamRZ 1996, 464; Coester (1995), Elternrecht des nichtehelichen Vaters und Adoption, FamRZ 1995, p. 1245; Coester (1996), Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern, FamRZ 1996, p. 1181; Dopffel (ed), Kindschaftsrecht im Wandel, Tübingen 1994; Dorsch, Die Konvention der Vereinten Nationen ueber die Rechte der Kinder, Berlin 1994; Ebert, Die Defizite im deutschen Kindschaftsrecht, gemessen an der UN-Kinderrechtskonvention, en Koeppel (ed.), Kindschaftsrecht und Voelkerrecht, Neuwied 1996, p. 103; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 4. ed. Muenchen 1994; Henrich (1994), Entwicklungslinien des deutschen Kindschaftsrechts im europaischen Kontext, en Schwab/Henrich (ed.), Entwicklungen des europaischen Kindschaftsrechts, Bielefeld 1994, p. 185; Henrich (1995), Familienrecht, 5. ed., Berlin 1995; Meng, Anwendung voelkerrechtlicher Konventionen ueber Kinderrechte im Deutschen Recht, en Koeppel (ed.), Kindschaftsrecht und Voelkerrecht, Neuwied 1996, p. 5; Merkt, Laenderbericht Vereinigte Staaten von Amerika, en Dopffel (ed), Kindschaftsrecht im Wandel, Tübingen 1994, p. 465; Motivos del proyecto de ley: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsreformgesetz - KindRG) mit Begründung, en: Drucksache des Deutschen Bundestages 13/4899; Nave-Herz, Kinder mit nicht-sorgeberechtigten Vätern, FuR 1995, p. 102; Schwab/Wagenitz, Einführung in das neue Kindschaftsrecht, FamRZ 1997, p. 1377; de Zayas, Das deutsche Kindschaftsrecht und der UN-Zivilpakt (IPBPR) von 1966, en Koeppel (ed.), Kindschaftsrecht und Voelkerrecht, Neuwied 1996, p. 91; Zimmermann, Neuere Entwicklungen zum Verhältnis zwischen dem UN-Abkommen ueber die Rechte des Kindes und nationalem Familienrecht, IPRax 1996, p. 167.



Este año, dos leyes de reforma fueron votadas. El "Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts"<sup>1</sup> (Kindschaftsrechtsreformgesetz; ley de reforma del derecho del niño) y el "Gesetz zur Abschaffung der Amtspflegschaft und zur Neuordnung des Rechts der Beistandschaft"<sup>2</sup> (Beistandschaftsgesetz; ley de asistencia). Dos proyectos de reformas se encuentran todavía en el proceso legislativo. El "Erbrechtsvergleichsgesetz"<sup>3</sup> (ley para la realización de la igualdad de los hijos extramatrimoniales en el derecho sucesorio) y el "Kindesunterhaltsgesetz"<sup>4</sup> (ley sobre el derecho alimenticio de hijos).

Un tema que atrayó atención especial, es la reforma del derecho de custodia y de visita de los niños que se realizó finalmente por el Kindschaftsrechtsreformgesetz que entrará en vigor el 1 de julio de 1998. Se trata a un lado, de la cuestión si los padres, que no están casados, pueden obtener la custodia en común. Al otro lado se plantean cuestiones de custodia y de visita cuando los padres se separan o se divorcian.

Las reglas de la Constitución y de convenios internacionales en la materia tuvieron y tienen una gran influencia en la discusión sobre la reforma. Ellas sirven

como puntos de referencia para posibles y necesarias nuevas reglas del derecho de familia. La Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas es uno de estos convenios que contiene estipulaciones específicas sobre el derecho del niño en cuanto a la custodia de sus padres. La otra convención internacional que tiene una gran influencia en la discusión sobre la reforma del derecho de familia en Alemania, es la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa.

En este ensayo quiero presentar la Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas en general y las reglas concernientes el derecho de custodia y de visita en especial. Después voy a mostrar el derecho alemán en esta materia, la ley actual y la reforma y analizar, si está en acuerdo con las exigencias de la Convención sobre los derechos del niño.

## II. La Convención sobre los derechos del niño

### 1. Generalidades

La Convención sobre los derechos del niño fue aprobada el 20 de noviembre de 1989, treinta años después de la decla-

ración de los derechos del niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta declaración es la base de la convención<sup>5</sup>. Como declaración no tiene un carácter obligatorio. Se entiende como una llamada a los padres, a los hombres individuales, a las organizaciones voluntarias, a las autoridades locales como a los gobiernos nacionales de reconocer los derechos del niño y trabajar para su observancia<sup>6</sup>. La convención es un tratado del derecho internacional público que tiene un carácter obligatorio por el estado que lo adopta. Además, la convención está muy ligado con el art. 24 del International Covenant on Civil and Political Rights of 1966<sup>7</sup> y está considerada como un convenio especial de la materia del art. 24<sup>8</sup>.

La elaboración de la convención tardó diez años y se hizo en negociaciones laboriosas en un grupo de trabajo del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas<sup>9</sup>. Una vez elaborada, la convención conoció un éxito estupendo. Hasta el 30 de setiembre de 1990, 50 estados ya lo habían

ratificado. Y hasta hoy más de 180, es decir casi la totalidad de los Estados del mundo, la han adoptado. Alemania ratificó la convención relativamente tarde el 5 de abril de 1992<sup>10</sup>.

El éxito sobresaliente en cuanto a las ratificaciones es muy importante y laudable. Al mismo tiempo este éxito sorprende, tomando en cuenta las arduas discusiones al redactar la convención. Así pueden surgir ciertas dudas en cuanto a la efectividad de sus obligaciones. Muchos estados formularon reservas a la convención en el momento que la ratificaron. El Iran la ratificó con la reserva de que no está obligado por ella, por cuanto que existe oposición con el derecho islámico<sup>11</sup>. También Alemania formuló reservas<sup>12</sup>. A un lado excluyó la aplicación en el plan interno. Por consecuencia una persona individual no puede invocar una de sus disposiciones directamente contra el estado<sup>13</sup>. Alemania declaró entre otros que el art. 18 par. 1 no afectaría las existentes reglas en cuanto al derecho de custodia y de visita de los padres<sup>14</sup>. Además, no que-

5. Broetel (1996a) p. 843.

6. Declaration of the Rights of the Child (1986 [XIV] Preamble: "... and calls upon parents, upon men and women as individuals, and upon voluntary organisations, local authorities and national Governments to recognize these rights and strive for their observance ..." citado según Dorsch, p. 331.

7. Ratificado por Alemania por la ley del 15.11.1973, BGBl. II (1973) p. 1533.

8. Ebert, p. 105.

9. Dorsch, 70 ss.

10. Zustimmungsgesetz del 17.2.1992, BGBl. 1992 II, p. 121.

11. El 13.7.1994; varios Estados formularon oposiciones contra esta reserva, ver StAZ 1996, p. 220 s.

12. Ver la discusión sobre la compatibilidad de las reservas con art. 52 par. 1 Dorsch, 310; Baer, 2210; Wolf, Ratifizierung unter Vorbehalt: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes?, ZRP 1991, 374, 378; Broetel (1996a) p. 852.

13. Meng, p. 6, 15: En el derecho internacional público no existe una obligación general que un convenio internacional tiene que ser aplicable directamente en el plan interno; existe un margen de discrecionalidad para el estado por que mecanismo cumplirá las obligaciones aceptadas.

14. Text der Erklärung der Bundesregierung aus Anlaß der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde citado en Dorsch, 399; a pesar de esta reserva unos tribunales de primer instancia aplicaron el art. 18 directamente, AG Bremen, FamRZ 1995, 317; AG Kamen, FamRZ 1995, 1077, ver la crítica por Meng, p. 28.

Abreviaciones: AG: Amtsgericht (tribunal de primer instancia); BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (código civil alemán); BVerfG: Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional de la RFA); BVerfGE: Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (colección oficial de las decisiones de la Corte Constitucional); Revistas: DAV: Der Amtsvormund; FamRZ: Zeitschrift fuer das gesamte Familienrecht; FuR: Familie und Recht; IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts;

1. Proyecto del gobierno con motivos en: Bundestag Drucksachen 13/8511; los materiales publicados del proceso legislativo pueden ser consultado por el Internet (<http://www.bundestag.de/datbk/datbk.htm>); estas leyes cambian las reglas pertinentes en los existentes códigos, especialmente en el código civil.

2. Proyecto del gobierno con motivos en: Bundestag Drucksachen 13/8509.

3. Proyecto del gobierno con motivos en: Bundestag Drucksachen 13/8510.

4. Proyecto del gobierno con motivos en: Bundestag Drucksachen 13/7338.

da siempre claro a qué grado las disposiciones de la convención tienen un carácter obligatorio o sólo de "soft law" es decir carácter de una llamada<sup>15</sup>.

A pesar de estas dudas, en cuanto al carácter obligatorio de las diferentes disposiciones, la convención es un progreso de suma importancia para el reconocimiento y la observación de los intereses y derechos del niño. Es la primera vez, que casi la totalidad de los estados reconocen por medio de una convención los principales derechos del niño. Estableció una agenda para hacer las leyes de los diferentes estados conformes con los derechos fundamentales del niño. Tiene como efecto que el tema de los derechos de los menores sea discutido constantemente en el plan internacional<sup>16</sup>. La convención creó un comité que está a cargo de supervisar el cumplimiento de las obligaciones aceptadas por los estados participantes, art. 43 par. 1. Los estados se obligaron a presentar con regularidad un informe al comité, que tiene que publicarse también en el mismo país (art. 44). La competencia de este comité no equivale a un control judicial como previsto por la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa. Pero este mecanismo de supervisión puede ser eficaz, utilizando la influencia de la opinión pública.

Bien que las disposiciones de la convención no contienen muchas veces obli-

gaciones muy definidas. Ellas tienen una gran influencia en el plan interno. A un lado son de importancia en la discusión política cuando existe un proyecto de reforma de la materia, como es el caso en Alemania en este momento. Además, tienen una influencia en la interpretación de las disposiciones de las garantías de los derechos fundamentales, que se encuentran en la constitución. La Corte Constitucional alemana reconoce expresamente que la interpretación de las garantías individuales de la constitución tiene que tomar en cuenta el contenido y el desarrollo de las garantías individuales de la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa<sup>17</sup>. Esta influencia en la interpretación tiene que valer también para otros convenios de garantías individuales, como la Convención sobre los derechos del niño<sup>18</sup>. La Convención sobre los derechos del niño puede hacer más claro para el art. 6 de la constitución alemana que contiene la garantía del matrimonio y de la familia y su protección por el Estado que los derechos de los padres en cuanto a los niños tienen un carácter fiduciario y están atribuidos sobre todo en el interés de los niños<sup>19</sup>. En Alemania la doctrina está discutiendo la reforma del gobierno con mucha atención a las reglas de convenciones internacionales<sup>20</sup>. De importancia son sobre todo la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa y la

15. Broetel (1996a) p. 845; Meng, p. 23.

16. Meng, p. 24.

17. BVerfG 26.3.1987, BVerfGE 74, 358, 370.

18. Meng, p. 16.

19. Meng, p. 10.

20. Es de mayor importancia en esta discusión el art. 8 de la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa que garantiza la vida familiar. La corte de Estrasburgo ha dado a este artículo una importancia especial sobre todo para la protección

Convención sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas<sup>21</sup>.

## 2. Las reglas pertinentes al derecho de custodia y de visita

Antes de discutir la reforma del derecho de familia en Alemania quiero presentar las reglas de esta convención pertinentes al derecho de custodia y de visita.

### a) Art. 3

El art. 3 par. 1 dice: En todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones (públicas o privadas) de bienestar social, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Hay que prestar atención a que el interés del niño no sea mencionado como la única consideración primordial. La convención se refiere al interés superior del niño solamente como una de las consideraciones principales, entre otras. A pesar de esto, la importancia del art. 3 par. 1 consiste en que declara el interés superior del niño, como la idea dominante para la interpretación y la aplicación de la convención. El énfasis, que la convención da al interés del niño, hace claro que el niño no sea objeto de los intereses y derechos de los padres.

### b) Art. 7

En el art. 7 par. 1 se establece que el niño tiene, desde que nace, el derecho de conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en la mejor medida posible. Este artículo contiene la primacía de la educación por los propios padres. Se refiere a instituciones, como la adopción, a los cuales hay que atribuir un carácter subsidiario<sup>22</sup>. Es importante remarcar que la prioridad de la crianza por los propios padres no está formulada como un derecho de los padres. Al contrario es concebido como un derecho propio del niño.

### c) Art. 9 par. 3

El art. 9 par. 3 obliga a los estados a respetar el derecho del niño, que está separado de uno o de ambos padres, a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Al principio de los trabajos preparatorios este reglamento fue proyectado para promover el reagrupamiento de la familia, cuando ésta estuviera separada por lindes nacionales. En el proceso de la redacción, el fin de la regla se cambió. Ahora el reglamento visa para asegurar en forma general la relación entre padres e hijos. Mientras el ámbito de aplicación fue extendido, la aplicación directa fue excluida. La formulación final que se adoptó establece so-

de las relaciones personales entre el hijo extramatrimonial y su padre, ver Broetel (1996) p. 51 s; otro convenio pertinente es el International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, que contiene en art. 23 y 24 reglas sobre los derechos del niño y de la familia, ver de Zayas, p. 91 ss.

21. Bien que los motivos del proyecto del gobierno mencionan solo una vez la Convención sobre los derechos del niño y en absoluto la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa.

22. Ver también el art. 21 de la Convención; Lima Marques, Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung des internationalen Adoptionsrechts, Frankfurt/Main 1997, p. 80 ss.



lamente una obligación de los estados y no atribuye a los interesados, derechos subjetivos que puedan ser invocados directamente<sup>23</sup>.

#### d) Art. 18 par. 1

El art. 18 par. 1 constata que los estados de su parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio, de que ambos padres tienen obligaciones comunes, en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los dos padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Este artículo utiliza la noción "empeño". Esto significa que contiene solamente una obligación de los estados. Ellos tienen que esforzarse para cumplir las obligaciones. No confiere a los individuos derechos directamente actuables. El artículo es el reglamento específico en cuanto a los derechos y obligaciones de los padres a criar sus propios hijos. La convención no habla de un derecho de los padres de criar a los hijos. Más bien utiliza locuciones como "tienen obligaciones" e "incumbirá a los padres". De esta manera pone de nuevo el énfasis en el derecho de los niños.

En un primer plano, este artículo contiene la primacía de que un niño sea criado y educado por sus propios padres. Esta primacía limita todas intervenciones

estatales y los pone bajo la obligación de ser justificadas, especialmente por razones del bienestar del niño. Al hablar de las obligaciones comunes de ambos padres, este artículo visa en un segundo plano a promover la igualdad del padre y de la madre en cuanto a la educación de sus hijos. Así el art. 18 par. 1 se rebela contra una discriminación de la madre, existente sobre todo en países islámicos. Este artículo contiene todavía otro aspecto. No utiliza la locución de que ambos padres tienen obligaciones iguales, pero se sirve de la noción de las obligaciones comunes. Esto significa que no tiene como fin únicamente el ejercicio de igual manera de las obligaciones paternas, cuando los dos padres están encargados de la crianza.

Además, contiene la obligación de los estados de garantizar, lo máximo posible, que ambos padres están encargados comunes de la educación de sus hijos. Este último elemento del art. 18 par. 1 fue la causa por la cual Alemania formuló la citada reserva contra este artículo, al ratificar la convención. Como voy a demostrar en lo siguiente, el derecho alemán actual no satisface a esta exigencia del art. 18 par. 1. En consecuencia, la interpretación del art. 18 par. 1 está muy discutida en Alemania<sup>24</sup>. Pero por un lado, el tenor literal es muy claro. Otros convenios internacionales que visan a asegurar la igualdad de los sexos con respecto a los derechos u obligaciones, usan siempre la noción derechos u obligaciones iguales y no comunes<sup>25</sup>. Además, el art. 18 está centralizado hacia los derechos del

23. Broetel (1996a) p. 848.

24. Para una interpretación más limitada ver Stoecker, Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht, FamRZ 1992, p. 245, 250.

25. Zimmermann, p. 169.

niño. El menor tiene el interés primordial de que los dos padres se ocupen de su educación. Desde el punto de vista del niño, la igualdad al ejercer estas obligaciones es secundaria<sup>26</sup>.

#### e) Conclusiones

Resumiendo se puede constatar: La convención tiene un éxito sobresaliente en cuanto al número de ratificaciones. Está centralizada en el niño. El estatuto del niño no está concebido como el objeto de los derechos de los padres. Al contrario, es el niño el que tiene derechos propios, a los cuales corresponden obligaciones de los padres, así como de los estados. La convención no establece siempre derechos individuales, que puedan ser invocados directamente contra un estado. Pero contiene obligaciones de los estados, de garantizar y promover la realización de los derechos. De esta manera, la convención crea un ordenamiento de valores fundamentales. La idea dominante para la interpretación y la aplicación de la convención es el interés superior del niño. Los ordenamientos jurídicos internos de los Estados tienen que ser medidos con estos valores fundamentales.

### III. El derecho alemán interno, en cuanto a la custodia y a la visita de menores - situación actual y la reforma

Después de haber dado un esquema de la Convención sobre los derechos del

niño, quiero presentar el derecho alemán en cuanto a la custodia y la visita de menores. Voy a tratar la situación actual y la reforma. La exposición va a ser acompañada de la investigación para comprobar, si las reglas satisfacen a las exigencias de la Convención sobre los derechos del niño. Antes de entrar en el estudio de las reglas particulares, quiero presentar un resumen de la situación general del derecho de familia en Alemania.

#### 1. Situación general del derecho de familia en Alemania

El derecho de familia actual en Alemania se caracteriza por la necesidad de reformas legislativas que está generalmente aceptada<sup>27</sup>. La última gran reforma del derecho de familia data de los años 1979/1980. Las reglas vigentes, no corresponden en muchos aspectos a la evolución sociológica de la sociedad. Varias normas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional Federal. En cuanto a otras reglas, la Corte Constitucional se abstuvo de declararlas nulas, pero reclamó la necesidad de reformas legislativas.

Por otro lado, existe en el derecho de familia una desunión entre el territorio de la antigua República Demócrata Alemana y el territorio de la antigua República Federal Alemana. En la República Demócrata Alemana la distinción entre hijos extramatrimoniales había sido abolida en el año 1965. Con la unificación de las dos Alemanias casi la totalidad de las reglas de derecho de la República Federal fueron in-

26. Zimmermann, p. 169.

27. Meng, p. 9; Ebert, p. 108 s.

trducidas en el territorio de la República Demócrata Alemana. De esta manera el tratamiento distinto de los hijos extramatrimoniales fue reintroducido en esta parte. Sólo en unos aspectos, como en cuanto al derecho sucesorio la igualdad fue mantenida, pero solamente para el territorio de la Ex-República Demócrata Alemana. En el tratado, que realizó la unificación, fue incluido la constatación de que una reforma del derecho de los hijos extramatrimoniales tiene que hacerse de la manera más rápida posible.

Otra razón, para realizar las reformas consiste en la declaración del gobierno alemán, al ratificar la Convención de los derechos del niño. Cuando el gobierno federal formuló las mencionadas reservas, declaró la voluntad de aprovechar la ocasión de ratificar la convención para introducir reformas del derecho interno, que corresponden al espíritu de la convención. Esta declaración menciona expresamente una reforma del derecho de custodia de los hijos, cuyos padres nunca han estado casados o están separados o divorciados.

## 2. La distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales

El régimen normativo actual del derecho de custodia y de visita en Alemania, está caracterizado por la distinción entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Esta distinción está basada en un concepto de la paternidad extramatrimonial, que aho-

ra no corresponde y talvez nunca ha correspondido a la realidad social. Según el código civil en la redacción original, el padre y el hijo extramatrimonial no eran parientes en el sentido legal. Sólo existía una obligación alimenticia, pero ningunos derechos u obligaciones de educación o crianza. El hijo estaba adscrito únicamente a la madre. Pero el derecho de custodia de ésta estaba muy limitado por la tutela oficial, que existía para cada hijo extramatrimonial. Estas reglas estaban vigentes hasta el año 1970<sup>28</sup>.

El concepto ideológico de este reglamento era la idea que los hijos ilegítimos provenían de relaciones pasajeras entre hombres casados o jóvenes de buena familia con mujeres o muchachas moralmente de mala reputación. El derecho visaba proteger la familia del hombre de todo lo inconveniente del escándalo de un hijo extramatrimonial<sup>29</sup>. La tutela oficial tenía el fin, de vigilar sobre la madre que fue juzgada como moralmente dudosa.

Me parece que hasta en aquellos tiempos, la conformidad de este concepto con la realidad era dudosa. Antes de la primera guerra mundial, la tasa de hijos extramatrimoniales era en Alemania de 10% y siempre existían muchas otras constataciones por nacimientos ilegítimos. Un ejemplo es que después de la segunda guerra mundial, las viudas de soldados muertos en la guerra no contrayeron matrimonio con la nueva pareja para no perder su derecho de pensión<sup>30</sup>. El reglamento de la ley parecía corresponder en aquellos tiempos

28. Henrich (1995) p. 244 s.

29. Así la descripción crítica de Rupp-von Brünneck, Zur Einführung in das neue Recht der nichtehelichen Kinder, StAZ 1970, p. 226.

30. Broetel (1996a) p. 748.

menos a la realidad sociológica, sino a la manera en que los redactores del código y su clase social percibieron la problemática.

La reforma, que se hizo en el año 1970<sup>31</sup>, era muy atrasada. La constitución de la República Federal del año 1949 contiene en el art. 6 par. 5 el mandato al legislador de crear para los hijos extramatrimoniales condiciones iguales a las de los hijos matrimoniales en cuanto a su desarrollo físico y psíquico y además en cuanto a su posición en la sociedad. El cumplimiento de este mandato ha tenido que ser reclamado repetidas veces por la Corte Constitucional<sup>32</sup>. La nueva ley mejoró substantivamente la posición legal del hijo extramatrimonial y la acercó casi totalmente a la de un hijo legal. Aunque fueron mantenidos ciertas diferencias. Estas se encuentran a un lado en el derecho sucesorio<sup>33</sup> y del otro lado especialmente en el derecho de custodia y de visita.

Conseguientemente quiero presentarles el reglamento del derecho alemán con respecto a la custodia y la visita. Voy a exponer las reglas normativas actuales, los cambios que las decisiones de la Corte Constitucional causaron, la práctica de los tribunales de instancia y la reforma y sus causas como además, la comparación con

las exigencias de la Convención sobre los derechos del niño.

## 3. Derecho de custodia sobre los hijos matrimoniales

Durante la existencia del matrimonio, los padres están conjuntamente encargados de la custodia sobre los hijos comunes, § 1626 BGB<sup>34</sup>. La cuestión de la repartición del derecho y de la obligación de la custodia, se plantea en el caso de la separación y especialmente del divorcio de los padres.

### a) Ley actual

Antes la cuestión, quién de los dos cónyuges, tuvo la culpa por el fallo de matrimonio era decisivo también para el reparto del derecho de custodia<sup>35</sup>. Con la introducción de un nuevo derecho de divorcio en el año 1977<sup>36</sup>, que abandonó el concepto de la culpa, se cambiaron también las reglas para el reparto del derecho de custodia. Por la ley sobre la custodia del año 1979<sup>37</sup>, se cambió la denominación de patria potestad (elterliche Gewalt) en cuidado paternal (elterliche Sorge). El reparto de la custodia en caso de divorcio, fue sometido aun más a la consideración del interés del hijo<sup>38</sup>.

31. Nichtehelichengesetz del 19.8.1969, en vigor desde el 1.7.1970.

32. BverfG 23.10.1958, BverfGE 8, 210, 216; BVerfG 29.1.1969, BVerfGE 25, 167, 184.

33. El mencionado "Erbrechtsgleichstellungsgesetz" (ver N. **Erro! Apenas o documento principal.**) visa a la eliminación de estas diferencias.

34. Tales reglas se encuentran en casi todos los estados, ver Dopffel, p. 583.

35. Henrich (1995) p. 235; Beitzke/Lüderitz, p. 323.

36. Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts del 14.7.1976 (BGBl. I, 1421), in vigor desde el 1.7.1977.

37. Gesetz zur Neuordnung des Rechts der elterlichen Sorge del 18.7.79 (BGBl. I, 1061), in vigor desde el 1.1.1980.

38. Henrich (1994) p. 185.

La ley actual prescribe que la atribución del derecho de custodia tiene que hacerse de oficio junto con el procedimiento del divorcio. El reparto tiene que hacerse tomando en cuenta el interés del hijo, § 1671 BGB. El código civil fijó en § 1671 par. 4, 1, expresamente que el derecho de custodia sólo puede ser atribuido a uno de los excónyuges. El otro podía obtener solamente un derecho de visita. Esta regla fue declarada inconstitucional y nula por la Corte Constitucional en el año 1982<sup>39</sup>. El art. 6 par. 2 de la Constitución constata que el cuidado y la educación de los hijos son primordialmente el derecho y la obligación de los padres. La comunidad estatal supervisa su ejercicio. La Corte Constitucional declaró que la garantía constitucional del cuidado y de la educación por los padres existe primeramente en el interés de la protección del hijo. Toda intervención estatal tiene que ser justificada. La Corte Constitucional dictó que el estado no puede intervenir cuando ambos padres, después del divorcio, son capaces y están dispuestos a ejercer el derecho y la obligación del cuidado en forma conjunta cuando no existe tampoco un interés del hijo a la atribución a un padre sólo.

En consecuencia de la decisión de la Corte Constitucional, el derecho de custodia puede ser ahora atribuido a los dos

excónyuges juntos. Por regla general, el tribunal ordena la custodia común, cuando los dos padres presentan una solicitud que quieren ejercer la custodia en común, cuando son capaces para la educación y cuando el tribunal considera que una custodia común está en el interés del hijo y es realizable a largo plazo<sup>40</sup>. En la práctica se pueden constatar diferencias regionales muy marcadas en cuanto al número de decisiones, que atribuyen la custodia común: En unas regiones la atribución de la custodia común alcanza hasta el 35 %, mientras en otras regiones solo hasta el 2 % de los casos<sup>41</sup>.

#### b) La nueva ley

La nueva ley suprime la necesidad de una decisión sobre la custodia en caso de un divorcio. Sólo si uno de los padres presenta una solicitud, de ser encargado el solo con la custodia, el tribunal tiene que decidir sobre la atribución de ésta, § 1671 par. 1 BGB (reformado). Sin solicitud, la custodia sigue estando a cargo de los dos padres. En la práctica, la necesidad de presentar una solicitud pondrá al padre, que quiere obtener la custodia en su favor, la carga de probar que el ejercicio común no funcionará. Esto vale más, tanto por el hecho que en la práctica la custodia común, no significa que todas las decisiones tienen que tomarse conjuntamente<sup>42</sup>.

39. BVerfG 3.11.1982, BVerfGE 61, 358.

40. Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 1037 s., N. 3; Beitzke/Lüderitz, p. 325.

41. Motivos del proyecto de ley, p. 36 s.: En 1994/1995 en promedio general la custodia fue atribuida a ambos padres en común en 17 % de los casos, a la madre en 74,6 % de los casos y al padre en 8,3 % de los casos; Reeken, *Der Paradigmawechsel bei der elterlichen Sorge*, DAV 1996, 672, 674.

42. Schwab/Wagenitz, 1380; hay dos modelos de ejercer la custodia en común: Modelo integrativo, el hijo vive con un padre y mantiene relaciones personales con el otro padre; modelo alternando, el hijo vive alternando con uno y con el otro padre; sólo en el último modelo los padres tienen que cooperar más estrechamente; una investigación llevado a cabo en Hamburgo mostró que solamente en 11 % de los casos de custodia común se realizó el modelo alternando, Motivos del proyecto de ley, p. 36 s.

La nueva ley prevee que el padre, con el cual el hijo está viviendo, puede decidir solo sobre todos asuntos de la vida cotidiana. Para estos asuntos no existe entonces la necesidad de ponerse de acuerdo con el otro padre. Sólo en asuntos de mayor importancia, como cuestiones de la educación escolar o de la residencia, existe la necesidad de tomar decisiones realmente en común, § 1687 BGB (reformado). El § 1687 par. 1, 3 BGB (reformado) especifica que las decisiones de la vida cotidiana son por lo general todas las decisiones que se toman frecuentemente y que no tienen un impacto difícil de cambiar para la vida del menor. De hecho, el derecho de custodia del otro padre consiste en un derecho de visita reforzado por el derecho de codecisión en asuntos de mayor importancia.

Un reparto de la competencia sobre la educación y el cuidado de esta manera parece la más adecuada, según los conocimientos psicológicos y sociales de hoy día. En los años setenta la opinión predominaba que una educación sin conflictos era de importancia esencial para el desarrollo sano del niño. El hijo debería ser protegido de las disputas entre los padres. Por esto, fue concebido preferible, que la custodia del

hijo sea atribuida de una vez sólo a uno de los padres, con el fin que permaneciera siempre con éste. Pero la atribución de la custodia a un solo padre resultó tener efectos desventajosos ya que, el otro padre se sintió excluido y frecuentemente se retiró. La relación personal entre hijo y padre se desvaneció en muchos casos. De esta manera, la separación de los padres significó para los hijos la pérdida de la relación personal con un padre. Varias investigaciones demostraron que el hecho, de que muchos niños crecieron con la madre y no tuvieran relaciones estables con el padre, desfavoreció un desarrollo sano de la personalidad del menor<sup>43</sup>.

De ahí surgió la tendencia de promover la custodia de ambos padres<sup>44</sup>. Aunque parece que la custodia común, en sí misma, no garantiza que los dos padres se encargen conjuntamente y con la voluntad de cooperación de la educación del menor<sup>45</sup>. La ventaja de la custodia común se estima hoy más en que puede iniciar un cambio de conciencia. Los hijos no tienen el sentimiento de perder un padre. Y el padre no se siente excluido de la responsabilidad con su propio hijo<sup>46</sup>. De esta manera, la posibilidad de la custodia común reduce también

43. Pero Nave-Herz, p. 103 critica que las investigaciones, que demostraron la tesis de déficit no tomaron en cuenta la multitud de diferentes causas que tienen efectos en el desarrollo de un niño, como por ejemplo la situación económica y social de la madre, que cría su hijo sola.

44. § 1626 par. 3, 1 BGB (reformado) consta: Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen (El bienestar del niño requiere generalmente que tenga contactos personales con ambos padres); en la mayoría de los estados europeos la custodia común después del divorcio es posible, bien que la práctica difiere mucho en los diferentes estados, ver Dopffel, p. 589 ss.

45. Nave-Herz, p. 104: Para que el padre mantenga relaciones personales con su hijo la posición legal sólo es un factor; otros factores importantes son la distancia geográfica, el lapso de tiempo transcurrido desde la separación, la edad del menor y la personalidad del padre.

46. En varios estados, por ejemplo Inglaterra, España, Italia y Francia, ambos padres mantienen en todo caso el derecho de custodia. Por decisión judicial solo se atribuye el derecho de ejercer este derecho de custodia, ver Dopffel, p. 586; tal regla tiene sobre todo un carácter simbólico, cuando el derecho de custodia no está ligado con el derecho de ejercerlo. En Inglaterra es decisivo la decisión del tribunal sobre la residencia del hijo. El padre con el cual el hijo vive puede tomar casi todas las decisiones autónomo; el otro padre tiene que solicitar una decisión judicial para corregir decisiones o limitar al otro padre, ver Buettner, 469 s.

el potencial de conflictos, en el momento del divorcio. Sobre la cuestión de la atribución de la custodia pesaba el miedo de perder el hijo. La necesidad de la atribución forzó a una decisión sobre la idoneidad de criar el hijo. Un padre siempre resultó el perdedor.

En Alemania la cuestión se discutió si es aconsejable que en todo caso de divorcio el tribunal decida sobre la custodia, atribuyéndola a un padre solo o dejándola a los dos<sup>47</sup>. En la ley vigente la custodia común ya no está excluida. Pero el tribunal tiene que decidir de oficio, conjuntamente con el divorcio sobre la custodia. La nueva ley favorece la solución, de que una decisión sólo se tome cuando un padre solicita la atribución de la custodia a él solo, § 1671 BGB (reformado)<sup>48</sup>.

Esto me parece de preferencia. El sólo hecho que la cuestión de la custodia sea objeto de un procedimiento judicial aumenta más bien los conflictos y disminuye la posibilidad de mantener la custodia común<sup>49</sup>. Sin procedimiento obligatorio, los padres pueden encontrar una solución flexible. La continuación de la custodia común no está bajo la obligación de ser justi-

ficada. La solicitud de la atribución exclusiva tendría que justificarse<sup>50</sup>. Hay que ver también, que aún en el caso de custodia común no existe la necesidad de que ambos padres discutan y decidan cada asunto. Como ya he mencionado, la nueva ley quiere introducir la regla que el padre con el cual el hijo vive tiene también el derecho de decidir sobre todos los asuntos de la vida cotidiana<sup>51</sup>. De esta manera una custodia común parece realizable, a pesar que existen conflictos en la relación entre los padres. Es verdad que en muchos casos los padres no pueden diferenciar entre los sentimientos personales hacia el excónyuge y sus papeles y obligaciones como padres de un hijo común. Pero si la custodia común no exige la constante coordinación, se puede también realizar cuando no existe la facultad y la disposición optimal para la cooperación<sup>52</sup>.

Recientemente unos tribunales de primer instancia han comenzado a mantener la custodia común, a pesar de que el padre con el cual el hijo vive diariamente se oponía. La atribución de la custodia a un padre solo, es una intervención en el derecho del otro padre y tiene que ser exigida

47. Motivos del proyecto de ley, p. 60 s.; Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 1033; Henrich (1994) p. 193 s.; Coester (1996) p. 1185; en la mayoría de los estados europeos una decisión judicial sobre la custodia es obligatoria en caso de divorcio; la ley induce en muchos estados a los padres a encontrar un acuerdo que sirve como base esencial para la decisión judicial; el divorcio más fácil y rápido solo se puede dictar, cuando tal acuerdo sobre la custodia existe, ver Dopffel, p. 584 s.

48. Motivos del proyecto de ley, p. 61.

49. Baer (1989) p. 347 s.

50. Coester (1996) p. 1185 propone que solo un acuerdo explícito de los padres permite desistir a una decisión judicial; además, subraya la necesidad de aumentar las posibilidades de acompañar y aconsejar a los padres por expertos de trabajo social; Henrich (1994) p. 194 favorece una decisión judicial obligatoria acompañada por asesoramiento psicológico.

51. Otro reparto del derecho de custodia entre los padres es también posible; para que tal reparto tenga una base legal, la reforma exige una decisión judicial, § 1671 BGB (reformado); ver la crítica en la necesidad de una decisión judicial para tal acuerdo Coester (1996) p. 1186.

52. Motivos del proyecto de ley, p. 62 s.

por el interés del hijo. Por el interés del hijo, los padres tienen la obligación de ponerse de acuerdo, si necesario con la ayuda de expertos sociales<sup>53</sup>. La nueva ley introduce la ayuda social regular para que los padres acepten y pueden realizar mejor la custodia común.

#### c) Conclusión

Se puede comprobar que la custodia común corresponde más al interés superior del niño. Para el bienestar del niño es de gran importancia que después de la separación ambos padres sigan encargándose de él. Así se evita que el hijo sienta la pérdida de un padre. La ocupación de ambos padres es favorecida por la custodia común, que mantiene el derecho y la obligación de velar por el hijo. Sólo cuando el bienestar del hijo se vea amenazado porque los padres no llegan a arreglar el asunto de la custodia, sin mezclarlo con sus disputas personales, la atribución de la custodia a un solo padre parece necesario para el interés superior del niño. Mientras que según la ley actual, la custodia común después del divorcio es todavía la excepción, la nueva ley visa a hacer la custodia común como lo normal. Suprime la necesidad de tomar una decisión judicial sobre la custodia en el proceso de divorcio y instala una ayuda social regular para promover que los padres puedan aceptar y realizar la custodia común. De esta manera la nueva ley está conforme con el art. 18 par. 1 de la Convención.

53. Decisiones de AG Groß-Gerau 26.8.1993, FamRZ 1993, p. 992 y AG Mannheim, 16.9.1993, citado por Rummel, Die Rechtsprechung zum Sorgerecht aus den Jahren 1993/94, FuR 1995, p. 129, 130 s.; OLG Bamberg 14.3.1995, FamRZ 1995, 1168; muy crítico Giesen, N. 675.

54. Art. 230 par. 1 EGBGB; Beitzke/Lüderitz, p. 332 s.; Giesen, N. 691.

## 4. Derecho de custodia sobre los hijos extramatrimoniales

Después de haber presentado el reglamento de la custodia sobre los hijos matrimoniales, quiero ahora tratar el caso de los hijos nacidos fuera de un matrimonio.

#### a) Ley actual

La ley actual atribuye la custodia sobre los hijos extramatrimoniales exclusivamente a la madre, § 1705 BGB. El derecho de custodia de la madre está limitado por la tutela oficial. Ésta entra en vigor automáticamente con el nacimiento del niño. Esta tutela contiene la representación del menor en ciertos asuntos. Se trata especialmente de las relaciones del niño con su padre y la familia paternal como la declaración o investigación de la paternidad, la acción de hacer valer los derechos alimenticios o los derechos sucesorios, § 1706 BGB. Vale remarcar, que la tutela oficial no fue introducida en el territorio de la antigua República Demócrata Alemana. Así la custodia de la madre sobre un niño extramatrimonial nacido en el territorio de la antigua RDA, no está restringido por la tutela oficial<sup>54</sup>.

La ley actual no contiene la posibilidad que los padres no casados puedan obtener la custodia común sobre un hijo. La custodia puede ser atribuida bajo ciertas condiciones al padre, pero esto trae siempre la consecuencia, de que la madre pier-

de el derecho de custodia. Una posibilidad consiste en la declaración de la legitimidad del hijo por parte del padre, §§ 1723 ss. BGB. Por consecuencia, el hijo vuelve a ser hijo legítimo del padre, § 1736 BGB. El padre obtiene el derecho de custodia, pero la madre lo pierde obligatoriamente, § 1738 BGB.

La Corte Constitucional declaró como inconstitucional que los padres, que tienen un hijo y que están cuidandolo juntos no pueden lograr obtener el derecho de custodia en común, cuando no están casados<sup>55</sup>. Como la inconstitucionalidad no podía ser eliminada por la declaración de nulidad de una regla normativa y como el legislador posee un margen de discrecionalidad, la Corte Constitucional reclamó una reforma de ley.

La regla del derecho alemán, que atribuye la custodia sobre un hijo extramatrimonial necesariamente a la madre y permite la custodia del padre solo cuando la madre pierda la custodia, es también contraria al art. 18 de la convención<sup>56</sup> al igual que al art. 8 de la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa<sup>57</sup>.

55. BVerfG 7.5.1991, BVerfGE 84, 168, la decisión se limita a la mencionada regla que una válida declaración de legitimidad por parte del padre entrena necesariamente la pérdida de la custodia de la madre.

56. Meng, p. 24.

57. Broetel (1996) p. 62; AG München 23.8.1996, FamRZ 1997, 237 que supone una oposición contra Art. 6 par. 2,1 y par. 4 de la Constitución y se refiere expresamente a la Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa y a la Convención sobre los derechos del niño.

58. Motivos del proyecto de ley, p. 37; Statistisches Jahrbuch 1996 fuer die Bundesrepublik Deutschland, p. 70; última estadística del año 1994; estas y más informaciones estadísticas sobre Alemania se pueden encontrar en el Internet (<http://www.statistik-bund.de>).

59. Estadísticas para el año 1994: 189 000 en el territorio de la antigua RDA y 220 000 en el territorio de la antigua RFA. Se estima que en estas uniones de hecho viven 272 000 respectivamente 313 000 menores (no necesariamente hijos comunes), Motivos del proyecto de ley, p. 38.

60. Henrich (1995) p. 245.

## b) Estadísticas

La cuestión de la custodia sobre hijos nacidos fuera de un matrimonio, respectivamente sobre hijos cuyos padres viven en uniones de hecho, es de una enorme importancia práctica en Alemania. En el territorio de la antigua República Democrática Alemana ca. 40 % de los hijos nacen fuera de un matrimonio. En el territorio de la antigua República Federal esta tasa es de aproximadamente 12 %<sup>58</sup>. Se estima que en Alemania existen más de 400.000 uniones de hecho que tienen hijos<sup>59</sup>.

La ley actual tiene como base todavía el concepto que el padre no está interesado en la crianza y educación de un hijo extramatrimonial. La realidad se muestra mucho más variada. El número de padres que quieren ocuparse de sus hijos extramatrimoniales está aumentando<sup>60</sup>.

## c) La nueva ley

La nueva ley regula la custodia de hijos extramatrimoniales de una manera muy diferente de la actual. Según la nueva ley, los padres tienen el derecho de custodia en común como una pareja casada, cuando declaran que quieren ejercer la

custodia conjuntamente. No se considera como necesario originar en estos casos una decisión judicial que juzgaría sobre la conformidad del acuerdo de los padres con el interés del hijo. Padres, que no están casados y que declaran la voluntad de educar y cuidar un hijo en común, parecen idóneos para esta tarea en el mismo grado como dentro un matrimonio. No hay razón para desconfiar en ellos<sup>61</sup>. Los padres no tienen que probar que están viviendo juntos o que no están casados con otra persona. La custodia en común está también a la disposición de padres que desde el principio no viven en común. Cuando los padres se separan, se aplica la misma regla como en el caso de divorcio. La custodia común queda vigente. Solamente cuando un padre lo solicita, el tribunal decidirá, a cuál padre atribuirá la custodia.

Si los padres no se pueden poner de acuerdo de ejercer la custodia conjuntamente, la nueva ley siempre atribuye el derecho de custodia exclusivamente a la madre<sup>62</sup>. No introduce la custodia común como regla general también para hijos extramatrimoniales. De esta manera, la custodia común no entra en vigor si los padres no la han expresamente solicitado.

En favor de esta solución se puede invocar, que los padres de hijos matrimoniales no viven siempre en una unión de hecho estable. En muchos casos no existen

relaciones personales fundadas y estables entre los padres y entre el padre y el hijo. En estos casos, una regla general de la custodia común causaría problemas<sup>63</sup>. Muchas veces no se puede localizar al padre. Los padres, que talvez nunca han vivido juntos y no se conocen muy bien, tendrían que ponerse de acuerdo. Además, el padre puede ser difícil de localizar cuando una decisión tiene que ser tomada. La nueva ley considera como base necesaria para la custodia común, que ambos padres están dispuestos a ejercer la custodia de esta forma<sup>64</sup>. Si los padres no viven en común, existe por lo general una precedencia de la madre. El hijo recién nacido no puede prescindir de la madre.

La nueva ley rechaza también la posibilidad de que el padre pueda solicitar que el tribunal le atribuya el derecho de custodia con el argumento de que él sea lo más idóneo. Tal reglamento pondrá al padre en una posición más equivalente a la posición del padre de un hijo matrimonial después del divorcio<sup>65</sup>. Por otro lado, tal posibilidad pondría una cierta presión sobre la madre con la consecuencia posible, que por miedo de perder el hijo, intente de impedir todo contacto entre hijo y padre. La nueva ley sale de la consideración de que la discriminación del padre está equilibrada, en parte, por un derecho de visita y que se justifica por el interés de una estable relación del

61. Coester (1996) p. 1184.

62. La tutela oficial que entra en vigor automáticamente será remplazada por una asistencia a voluntad por la Beistandschaftsgesetz, ver N. **Erro! Apenas o documento principal.**

63. Dopffel, p. 600.

64. Coester (1995) p. 1247.

65. Ver la crítica de esta regla por Coester (1995) p. 1247 s.

niño con la madre. La consecuencia de la posición dominante que la nueva ley atribuye a la madre es, que ella puede decidir de excluir al padre de la custodia.

Tomando como criterio principal el interés superior del menor no me parece necesario que la madre pueda excluir al padre de la custodia. Bien que uno puede argumentar que el caso es distinto, cuando una pareja criando juntos un hijo, se separa. En esta situación el hijo tenía, por lo general, relaciones afectivas con ambos padres y el interés del hijo está orientado a la continuación de estas.

La importancia de buenas relaciones personales con ambos padres existe también el caso que los padres nunca han vivido juntos. Los intereses del padre tienen que ser también tomados en consideración. Esto es óbvio cuando el hijo fue engendrado durante una unión de hecho y los padres se separaron antes del nacimiento. En el caso de un matrimonio la separación o el divorcio antes del nacimiento no cambia la regla general de que ambos padres tienen la custodia común. En el ámbito del reparto del derecho de custodia después de un divorcio la atribución sólo de un derecho de visita al padre que perdió la custodia, resultó por lo general no ser suficiente para asegurar y promover relaciones personales eficaces entre padre e hijo.

Por esta razón me parece preferible que el padre de un hijo extramatrimonial

pueda obtener la custodia a la par de la custodia de la madre sin excluir a ésta<sup>66</sup>. Por esto no sería necesario de que la custodia común entraría en vigor automáticamente con el nacimiento del niño. Pero el padre interesado en el hijo tiene que tener la posibilidad de encargarse de la vida de éste en una forma más intensiva que permita un solo derecho de visita. Una solución podría ser que el padre tendrá el derecho de pedir que el tribunal le atribuye la custodia a la par de la madre.

Tal posibilidad existe en unos estados en los Estados Unidos<sup>67</sup>. Bien que la custodia común exige como base la disposición de cooperar, la custodia común, en la forma como está prevista por la nueva ley, no implica la necesidad de ponerse de acuerdo en todos los asuntos. La custodia del padre, con el cual el hijo no está viviendo, consiste en un derecho de visita y en el derecho de ser consultado en decisiones de mayor importancia. De esta manera la posibilidad que el tribunal ordene la custodia común, obligaría más a la madre de aceptar el papel del padre.

Pero parece que la ley alemana todavía no está lista para aceptar una solución que atribuya la custodia conjuntamente, a pesar de que la madre no está de acuerdo en compartirla. Es posible que se necesite primero un tiempo de experiencia, que la custodia común funcione también si la relación de los padres no está armoniosa.

66. Ver Broetel (1996) p. 64, que considera un derecho de veto de la madre contra la custodia común con el padre del hijo extramatrimonial contrario al art. 8 Convención de los derechos humanos del Consejo de Europa; ver también el informe sobre el debate en el Rechtsausschuß des Deutschen Bundestag (la comisión parlamentaria jurídica), Bundestag Drucksache 13/8511, II.B.1. b).

67. Merkt, en Dopffel, p. 473, 480.

Esto me parece posible por la regla que la custodia común no significa que todas las decisiones tienen que ser tomadas conjuntamente. Por el momento, tal regla no es realizable para los hijos extramatrimoniales en el ámbito político en Alemania.

Puede ser que estamos en el camino, que más tarde llegue, a que dicha regla se aceptada. Hay que ver que el punto de salida era la obligación de atribuir la custodia a uno de los dos padres exclusivamente después de un divorcio. Padres que no están casados no tienen hasta ahora la posibilidad de obtener la custodia común para sus hijos. El próximo paso fue tomado por la Corte Constitucional, en que la custodia puede ser atribuida por el tribunal a los dos padres cuando ambos lo solicitan. La reforma da un paso en el sentido que la custodia debería ser la regla cuando los padres que la ejercían conjuntamente se separan. La atribución a un solo padre solo se puede ordenar, si el otro padre consiente o si se justifica por el bien del menor, § 1371 BGB (reformado). El próximo paso, de que los padres están en el interés del niño obligados de aceptar la custodia del otro padre, parece todavía no realizable. Un movimiento en esta dirección sería, si la continuación de la custodia común después de la separación o del divorcio, como está prevista en la nueva ley, se desarrollará como el estándar. Es decir, si la oposición de un padre, especialmente de la madre en caso de niños de poca edad, de compartir la custodia con el otro padre, no justificará la atribución

de la custodia a ella exclusivamente. Cuando tal reglamento da buenos resultados en este ámbito, una extensión a los padres de hijos extramatrimoniales puede ser pensada y será más realizable. Hay que ver que la nueva ley es relativamente progresiva para las condiciones alemanas<sup>68</sup>.

A pesar de esto, no la nueva ley no me parece contrario al art. 18 par. 1 de la Convención sobre los derechos del niño. Hay que tomar en cuenta que las experiencias todavía no existen como funcionará la nueva forma de custodia común. Pero si la custodia común da buenos resultados una posición más fuerte del padre de un hijo extramatrimonial me parece todavía más conforme con el espíritu del art. 18 par. 1<sup>69</sup>.

## 5. Derecho de visita

Después de haber tratado el derecho de custodia quiero abordar el derecho de visita que se atribuye por lo general al padre que no goza del derecho de custodia.

### a) Ley actual

La ley actual hace una diferencia en cuanto al derecho de visita entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. En cuanto a los hijos matrimoniales, el código civil actual confirma que el padre, que no tiene el derecho de custodia, siempre tiene el derecho de visita (§ 1634 I 1 BGB). En caso de diferencias, en cuanto al ejercicio de este derecho de visita entre los dos padres, el tribunal de familia está encargado de dictar las reglas apropiadas.

68. Crítico por este motivo Schwab/Wagenitz, p. 1383.

69. Además, el texto literal del art. 18 es vago y impreciso y así no proporciona criterios exactos para decidir sobre la compatibilidad o incompatibilidad de reglas nacionales, ver Meng, p. 28.



En cuanto a los contactos entre el hijo extramatrimonial y el padre, la ley actual concede a la persona encargada del derecho de custodia, es decir normalmente a la madre, el derecho de decidir sobre estos contactos. Si la madre no conciente, el padre puede solicitar una decisión del tribunal tutelar. Este puede atribuir un derecho de visita al padre cuando sirve al bienestar del hijo (§ 1711 BGB). Antes un derecho de visita fue concedido contra la voluntad de la madre solamente en casos de una antigua unión de hecho de los padres. Hoy en día, unos tribunales están más abiertos a reconocer el propio interés del hijo de tener relaciones personales con el padre. Existen grandes diferencias según el tribunal encargado. En la práctica los tribunales se abstienen muchas veces de conceder un derecho de visita cuando la madre se opone<sup>70</sup>. La relación entre padre e hijo extramatrimonial está caracterizada por derechos relativamente fuertes en cuanto a lo alimenticio y a la sucesión. Pero las relaciones personales casi no son apoyadas por la ley<sup>71</sup>.

#### b) La nueva ley

La nueva ley introduce el derecho de visita de cada padre sin diferenciar entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

En el proyecto de ley, elaborado por el gobierno, la regla propuesta utilizó solo

la noción del derecho del padre de mantener contactos con su hijo. Bien que los motivos del proyecto ponían el énfasis en el interés del hijo en los contactos con el padre con el cual no vive, el texto literal de la propuesta regla no previó una obligación del padre. El proyecto desaprobó la introducción de un derecho del hijo a pedir contactos en relación con el padre no encargado de la custodia<sup>72</sup>. En el proceso legislativo se cambió el proyecto del gobierno y fue introducido en § 1684 p. 1 BGB (reformado) que el niño tiene un derecho de visita y que cada padre tiene la obligación y el derecho de visita<sup>73</sup>.

El proyecto rechazó todavía tal proposición con el argumento que tal reglamento causaría gran derroche sin mejorar la situación efectivamente. Establecer no solo un derecho pero al igual una obligación de visita corresponde también a las exigencias de la Convención sobre los derechos del niño, al igual a las de la constitución alemana. Según ambas fuentes, el derecho de los padres hacia sus hijos consiste al mismo tiempo en una obligación de cumplir el papel de padre<sup>74</sup>. A un lado es obvio, que contactos forzados contra la voluntad del padre solo pueden ser formales y no estén en el interés del hijo<sup>75</sup>. La inclusión de una obligación del padre de tener contactos con el hijo es por ésto primordialmente simbólica. La nueva regla se entiende sobre todo como

70. Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 932.

71. Beitzke/Lüderitz, p. 334 ss.; Dopffel, p. 605, que caracteriza el derecho alemán como muy conservador en comparación con los derechos de los otros estados europeos.

72. Motivos del proyecto de ley, p. 68.

73. Rechtsausschuß des Deutschen Bundestag (la comisión parlamentaria jurídica), Bundestag Drucksache 13/8511, II.B.2.a).

74. Gernhuber/Coester-Waltjen, p. 1063.

75. Giesen, N. 685; Henrich (1994) p.198 s., que critica que tribunales en los Estados Unidos han acordado al hijo un derecho de indemnización por los costos del cuidado por otra persona.

señal para cambiar la consciencia de los padres<sup>76</sup>. El derecho del niño establece también una obligación del padre que tiene el derecho de custodia de permitir el contacto con el otro padre. Así la ley hace más claro que la cuestión de la visita no es solo un asunto de disputa entre los dos padres, pero que toca el interés y el derecho propio del hijo<sup>77</sup>.

También la Convención sobre los derechos del niño percibe los contactos del niño con sus padres como un derecho del mismo hijo. Y éste existe también contra el padre encargado de la custodia de respetar los contactos con el otro padre<sup>78</sup>.

## IV. Conclusiones

Sacando conclusiones llegamos a notar, que la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del niño estipula un ordenamiento de valores fundamentales en la materia. A pesar de que en la mayoría no estipula obligaciones que pueden ser invocadas directamente por los ciudadanos, pero se limita a imponer a los estados obligaciones de una manera que deja a estos un margen de discreción al cumplirlas. Toma mucha importancia por ser el punto de referencia de la discusión sobre posibles reformas de la ley interna. Este efecto se refuerza por el trabajo del comité de supervisión al cual cada estado tiene que

rendir un informe sobre el cumplimiento de las obligaciones de la convención. Este informe tiene que ser también publicado en el mismo país. Esto facilita que la opinión pública ejerza una cierta presión para que las obligaciones se cumplan.

El derecho alemán de la custodia y la visita no cumple actualmente las exigencias de la convención. El derecho alemán no permite hasta el momento la custodia en común de los padres que no están casados<sup>79</sup>. Además, el derecho de visita del padre de un hijo extramatrimonial que no está a cargo de la custodia está formulado de una manera muy debil.

La reforma realiza las exigencias de la convención en la materia de custodia y visita. Se introduce la custodia común después del divorcio de un matrimonio o de la separación de una unión de hecho de los padres como regla general. Así promovería la realización del objetivo del art. 18 par. 1 de la convención que los dos padres se encargen de la crianza de su hijo aunque no vivan juntos. La nueva ley estipula claramente que la custodia y la visita son no sólo un derecho de los padres, pero también una obligación. Así la nueva ley corresponde al espíritu de art. 18 y de la convención. La nueva ley significa un gran adelanto para la situación de los niños en Alemania.

76. Rechtsausschuß des Deutschen Bundestag (la comisión parlamentaria jurídica), Bundestag Drucksache 13/8511, II.B.2.a).

77. Rechtsausschuß des Deutschen Bundestag (la comisión parlamentaria jurídica), Bundestag Drucksache 13/8511, II.B.2.c).

78. Broetel (1996a) p. 849.

79. Meng, p. 24.

# Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916<sup>1</sup>

*Claudia Lima Marques*

Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,  
Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Mestre em Direito em Direito Civil e  
Direito Internacional Privado pela Universidade de Tübingen, Alemanha.

## Introdução

O objetivo deste trabalho, mais do que prestar uma homenagem ao centenário da basilar codificação alemã, é analisar a influência do Código Civil alemão de 1896 (BGB) sobre o Código Civil Brasileiro de 1916. No Direito Comparado, os autores alemães classificam o Direito brasileiro, normalmente, como pertencente à chamada *família romana* de direitos.<sup>2</sup> Neste grupo de ordens jurídicas, o grande

modelo legislativo, a grande influência em matéria de codificações, foi o *Code Civil* francês de 1804.<sup>3</sup> Mesmo assim, parece ser pacífico na doutrina brasileira e alemã que o Código Civil Brasileiro (CCBr.), ao lado das influências do *Code Civil*, também sofreu influências das Codificações portuguesa, espanhola e italiana, assim como dos Códigos alemão e suíço.<sup>4</sup> Igualmente a forte influência da doutrina jurídica alemã do século XIX sobre os projetos de Código e o

1. Versão parcial e adaptada em português da Conferência apresentada em alemão no "IV Deutsch-Lusitanische Rechtstage: Hundert Jahre BGB", em 28 de novembro de 1996, na Universidade de Heidelberg, Alemanha. Nossas homenagens às bibliotecárias da Faculdade de Direito da UFRGS pelos seus esforços em preservar o abundante material do século XIX ainda existente em nossa Universidade.
2. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen, 1996, pg. 114 (§ 8 VI). Veja também Betti, Emilio, Système du Code Civil Alemand, Milan, 1965, pg. 7. Contrariamente, prefere René David a idéia de uma família romano-germânica (famille de droit romano-germanique), veja David, René, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, 1988, pg. 33ss. (Nr. 25 e 67).
3. Assim Zweigert/Kötz, pg. 74 (§ 6 I) e Betti, pg. 7.
4. Pontes de Miranda, Francisco, Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, 1981, pg. 93, Couto e Silva, Clóvis V. de, O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro, in: Revista de Informação Legislativa (Brasília), Nr. 97 (I-1988), pg. 163, Zweigert/Kötz, pg. 114 (§ 8 VI) e Ennecerus, Ludwig e Nipperdey, Hans Carl, Derecho Civil- Parte General, vol. 1, Tradução espanhola de Blas Pérez González, Barcelona, 1953, pg. 87 (§12 VIII).



próprio Código Civil Brasileiro de 1916, assim como o germanismo da Escola de Recife, são fatos históricos que não podem ser negados.<sup>5</sup>

Sendo assim, cabe aqui analisar e discutir duas teses sobre a possível influência do BGB sobre o vigente Código Civil brasileiro. Em primeiro lugar, com base na análise das diversas fontes de inspiração legislativa do CCB, poderemos verificar se ambos os Códigos, alemão e brasileiro, apesar da diferença de 20 anos da data de suas aprovações possuem características comuns e devem ser considerados como “produtos” ou criações típicas do século XIX.<sup>6</sup> Sendo assim, a relação entre os dois Códigos estaria marcada pelo momento histórico do liberalismo e de desenvolvimento da ciência do Direito no qual foram preparados: O Código Civil brasileiro foi elaborado, em verdade, de 1860 a 1899<sup>7</sup> e o BGB alemão, por sua vez, de 1874 a 1896.<sup>8</sup> O momento histórico e político semelhante os teria marcado de forma definitiva. O BGB encontra sua base científica na Pandectística alemã (pandektistischen Zivilrechtswissenschaft) do século XIX; o

CCBr, por sua vez, sofre múltiplas influências, mas mantém certa dose de originalidade criativa. Ambos os Códigos, ao fim, são criticados como codificações conservadoras, individualistas, científicas em excesso e não suficientemente sociais, a fechar as portas do século XIX, sem abrir as do século XX.<sup>9</sup> A análise da influência da Escola Pandectística alemã sobre o Código Civil Brasileiro de 1916 pode explicar algumas destas coincidências, se bem que não todas, e merece, portanto, um estudo mais detalhado. Este estudo será aqui apresentado através da análise da vida e obra dos grandes juristas brasileiros daquela época, de seus respectivos projetos e trabalhos para a elaboração do Código Civil, visando identificar justamente a influência germânica nestes juristas brasileiros (Parte I).

A segunda tese a ser examinada é encontrada na própria doutrina alemã atual e na doutrina comparatista internacional e diz respeito diretamente a força (maior ou menor) da influência alemã no CCB. Segundo opinião majoritária na doutrina comparatista,<sup>10</sup> a influência alemã no Código Civil brasileiro estaria restrita ao siste-

ma adotado, influência esta sistemática, mas não tanto de conteúdo. O sistema escolhido pelo legislador brasileiro, com uma parte geral e uma parte especial teria, então, sua origem na ciência jurídica alemã da época.<sup>11</sup> É necessário, portanto, analisar em uma segunda parte, ainda que não exhaustivamente, qual foi a influência alemã na distribuição sistemática das matérias no Código Civil brasileiro e, a contrário, qual a influência de conteúdo que o BGB de 1896 pode realmente exercer na elaboração da Codificação brasileira (Parte II).

## I- Elaboração do Código Civil Brasileiro de 1916 e a influência alemã

A influência que os Projetos para o Código Civil alemão e o próprio BGB, assim como a influência da doutrina científica alemã do século XIX sobre os vários projetos de um Código Civil Brasileiro devem ser aqui analisadas. Para tanto interessa não somente resgatar os caminhos da elaboração do Código Civil Brasileiro de 1916 (B), como também identificar as diferentes fontes estrangeiras, doutrinárias e legislativas, que a doutrina brasileira considera existir no projeto vitorioso de Clóvis Bevilacqua de 1899/1916 (A, 1).

Parece-nos, porém, que a melhor maneira de demonstrar esta possível influ-

ência alemã em nossa legislação do início deste século não é a simples citação das possíveis fontes de inspiração, normas ou doutrinas estrangeiras que foram incorporadas ou adaptadas em nosso CCB. E sim, identificar e analisar a influência exercida pela doutrina e pela nascente legislação alemã nos grandes juristas brasileiros da época, artesões que - em tempo de escassa literatura e informação nas Faculdades pátrias - elaboraram ou trabalharam em projetos do qual resultou o CCB de 1916 (A,2).

### A) Fontes históricas de inspiração e modelos estrangeiros do Código Civil Brasileiro

#### 1. As diferentes fontes do Direito Civil Brasileiro

O direito civil brasileiro só pode ser compreendido na sua formação dogmática e inspiração científica quando se tem presente as quatro fontes principais da ordem jurídica brasileira, que formaram suas características e seu espírito atual:

A primeira e mais importante destas fontes é a portuguesa, através da “Verpflanzung<sup>12</sup>”, isto é, a incorporação, o aporte, enxerto ou recepção forçada, do

5. Betti, pg. 7.

6. Veja críticas de Radbruch e Zitelman ao BGB in: Zweigert/Kötz, pg. 142 (§11 I) e críticas ao Código Civil Brasileiro, in: Pontes de Miranda, Fontes, pg. 85: “A data mental do Código (como do BGB e do suíço) é bem 1899; não seria errôneo dizê-lo o antepenúltimo Código do século passado.”

7. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 85 e Couto e Silva, pg. 170.

8. Eisenhardt, Ulrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., München, 1995, pg. 381ss. (Nr. 575ss.); Kroeschell, Karl, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, Göttingen, 1992, pg. 11ss.; Schlosser, Hans, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 7. Aufl., Heidelberg, 1993, pg. 152 (§ 5).

9. Veja as críticas de Otto von Gierke in: Pfeiffer-Munz, Susanne, Soziales Recht ist deutsches Recht, Zürich, 1979, pg. 1ss.; compare também sobre o caráter conservador e continuista do BGB, Zweigert/Kötz, pg. 142 (§ 11 I) e 147 (§ 11 III). Veja as críticas de Pontes de Miranda ao CCB, in: Pontes de Miranda, Francisco, Brasil- Código Civil, Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. III, Heinsheimer, Karl, (Coord.), Mannheim, 1928, pg. XXII.

10. Zweigert/Kötz, pg. 114 (§8 VI) e David, pg. 95 (Nr. 67). Ao contrário, observa cauteloso David, nota 1, pg. 95 (Nr. 67): “L'idée d'une 'partie générale' a été présentée sous forme législative pour la première fois au Brésil dans la Consolidation des lois civiles d'Augusto Teixeira de Freitas en 1858. Le Code civil brésilien de 1916 l'a consacrée en raison peut-être de ce précédent, plus que par imitation du BGB.”

11. Na versão original, em alemão, deste artigo, inclui-se estudo sobre a influência alemã na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (letra C). Sobre o tema veja Pontes de Miranda, Fontes, pg. 99ss.

12. Rheinstein, Max, Einführung in die Rechtsvergleichung, München, 1987, pg. 125 (§16): “De der Rezeption im eigentlichen Sinne sollte man den Vorgang der Verpflanzung eines Rechtsphänomens unterscheiden. De Verpflanzung kann man sprechen, wenn eine Gruppe von Auswanderer ihr heimatliches Recht in eine neue Umwelt mitnimmt.”

direito português no Brasil durante o tempo colonial.<sup>13</sup>

O direito português trouxe consigo o direito romano incorporado, isto é, o *jus commune* europeu,<sup>14</sup> do *Corpus Juris Civilis* trabalhado pelos Glossadores e Pós-glossadores.<sup>15</sup> O direito português trouxe consigo, igualmente, uma forte influência do direito canônico da época<sup>16</sup> e uma reduzida influência do direito germânico, no que se refere à autonomia de vontade do indivíduo e a alguns princípios morais.<sup>17</sup>

Na opinião de jushistoriadores brasileiros e portugueses encontra-se o Código Civil Brasileiro de 1916 mais próximo de sua origem portuguesa que o próprio Código Civil Português de 1867.<sup>18</sup> O direito civil português vigorou no Brasil do descobrimento até 1917, e terá decisiva influência na tendência de nossa ordem jurídica de *Continuidade, Formalismo*<sup>19</sup> e *Unidade*.<sup>20</sup>

Como segunda influência a ser citada, cabe lembrar o constante e normal con-

vívio dos juristas brasileiros com idéias, doutrinas e modelos jurídicos estrangeiros das chamadas "nações civilizadas" desde a Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769<sup>21</sup> e do "*usus modernus pandectarum*", cuja observação os Estatutos da Universidade de Coimbra, Lei de 28 de agosto de 1772,<sup>22</sup> com base em idéias jus-naturalistas muito em voga na época, mandavam aplicar também na Colônia. Os colonizadores, portugueses e outros europeus, construíram a ordem jurídica colonial brasileira com base na dogmática, na filosofia do direito que conheceram e estudaram na Europa continental, mas já no século XVIII multiplicavam-se as lacunas legais e a necessidade de adaptação à situação original das colônias. Esta necessidade de nova interpretação dos antigos textos e de integração das leis levou a prever em lei, como se o direito civil fosse uma verdade universal e una, a recepção e observação *ex vi lege* de idéias jurídicas européias e de uma interpretação européia atualizada do direito romano comum. Seguindo o modelo português, a jurisprudên-

13. Pontes de Miranda, Fontes., pg. 27. O Autor utiliza expressão semelhante à "Verpflanzung", afirmando: "O Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes; nasceu do galho da planta, que o colonizador português, - gente de rija tẽmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em se completa o descobrimento da América, - trouxe e enxertou no novo continente."
14. Wieacker, Franz, História do Direito Moderno, [tradução Botelho Hespanha], Lisboa, 1980, pg. 129ss.
15. Moreira Alves, José Carlos, A Contribuição do Antigo Direito Português no Código Civil Brasileiro, in: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, Caetano, Marcello et alii, São Paulo, 1980, pg. 30.
16. Segundo Pontes de Miranda, Brasil- Código Civil, pg. XXXIII o direito canônico é até a República de 1889 uma das mais importantes fontes do direito brasileiro.
17. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 27 e 28.
18. Moreira Alves, pg. 29f. O autor cita estudos do historiador português Guilherme Braga da Cruz.
19. Veja, muito crítico, Steiner, Henry, The Legal System and Modernization in Brazil, in: Merryman, John Henry (Coord.), Comparative Law: Western European and Latin American Legal System - Case and Materials, Charlottesville, Virginia, 1978, pg. 378ss.
20. Couto e Silva, Clóvis V. de, O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro, in: Revista de Informação Legislativa (Brasília), N. 97 (I-1988), pg. 167.
21. Almeida Costa, Mário J. de, Fundamentos Históricos do Direito Brasileiro in: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, São Paulo, 1980, pg. 115.
22. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 73.

cia brasileira baseou-se em muito nas Glórias de Accursius e Bartolus, a ponto de ser criticada.<sup>23</sup> Pode-se afirmar, portanto, que, desde a portuguesa Lei da Boa Razão de 1769, o direito comparado<sup>24</sup> foi um tradicional meio de interpretação e atualização de nossas normas, visando a evolução (*Rechtsfortbildung*) do direito pátrio.

A Lei da Boa Razão introduz como importante Princípio de Interpretação e de Integração das já superadas normas das Ordenações e do direito romano comum a "*recta ratio*", que se encontraria na interpretação atual e na doutrina das nações cristãs civilizadas.<sup>25</sup> A observação da *communis opinio doctorum* deveria, segundo a legislação do Marquês de Pombal, continuar, mas em forma reduzida.<sup>26</sup> Note-se, porém, que devido as dificuldades da utilização da regra ou teste da Boa Razão, a citada Lei de 28 de agosto de 1772 ("Estatutos da Universidade de Coimbra") previu uma direta

remissão ao direito estrangeiro atual à época ao prever a observação do chamado "*usus modernus pandectarum*",<sup>27</sup> que nada mais era do que a visão atualizada, já dogmática e científica do direito europeu comum.

Por outro lado, é necessário mencionar que no Brasil, até 1828, não havia nenhuma Faculdade de Direito em funcionamento.<sup>28</sup> Somente após a Independência de Portugal, em 7 de setembro de 1822, pode se desenvolver uma escola jurídica verdadeiramente brasileira. O primeiro Imperador do Brasil, Dom Pedro I, fundou as primeiras Faculdades de Direito (de Olinda e São Paulo) em solo brasileiro através da Lei de 11 de agosto de 1827.<sup>29</sup> A utilização de um método comparatista para a interpretação, desenvolvimento e adaptação das vigentes normas portuguesas no Brasil conseguiu, na maioria das vezes, sucesso e estabeleceu-se como prática comum em nosso país.<sup>30</sup>

23. Pontes de Miranda, Brasil - Código Civil, pg. XXXII

24. Sobre a importância do direito comparado por força da Lei de 1772 escreve David, Note 2, pg. 48 (Nr. 34): "Les status nouveaux, donnés par le Marquis de Pombal à l'Université de Coimbra en 1772, prescrivent que l'enseignement soit donné désormais non plus sur la base du droit romain, mais sur une base de droit comparé, en considérant les principes de droit reconnus par les nations civilisées."

25. Veja Almeida Costa, pg. 115 e também Pontes de Miranda, Fontes, pg. 72.

26. Veja David, pg. 63 (Nr. 44): "la lei da boa razão affranchit les juges de l'obligation stricte de suivre les opinions d'Accurse et de Bartole et la *communis opinio doctorum* selon les règles qui avaient été prescrites par les Ordonnances philippines."

27. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 73: "Por ser árduo o critério da *boa razão*, aconselhou-se 'como caminho mais plano e curto' (Estatutos, Livro II, Título V, Cap. 3, § 6º), qual o de se ver o que o direito romano adotaram as nações cultas (§ 7º): "Indagarão o uso moderno das mesmas leis romanas entre as sobreditas nações, que hoje habitam a Europa. E descobrindo que elas as observam e guardam ainda no tempo presente, terão as mesmas leis por aplicáveis, e daqui inferirão que elas têm oposição com algumas das referidas Leis e Direitos (Direito Natural, Direito das Gentes, Direito Político, Direito Mercantil, etc.), com que devem ser confrontadas: pois não é verossímil que, se entre elas houvesse repugnância, pela qual se devam haver abolidas, continuassem ainda hoje a observá-las, e guardá-las, tantas e tão sábias nações."

28. Sobre a importância dos juristas na recepção de um direito, veja a obra de Papachristos, A. C., La Réception des Droits Privé Étrangers comme Phénomène de Sociologie Juridique, Paris, 1975, pg. 43ss.

29. Piletti, Claudino e Piletti, Nelson, Filosofia e História da Educação, São Paulo, 1993, pg. 180.

30. Pereira, Caio Mário da Silva, A Ciência do Direito Comparado, in: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, N. 7, 1985, pg. 40.

Esta simpatia e fácil aceitação de idéias e doutrinas jurídicas estrangeiras deve-se, em nossa opinião, em grande parte, a um nem sempre confessado idealismo jusnaturalista de nossos juristas. A idéia de um direito universal, verdadeira fonte da justiça nas nações civilizadas, pode ser encontrada na maioria dos legisladores e doutrinadores brasileiros.<sup>31</sup>

A terceira fonte deve ser procurada na tradição, ainda encontrada na Colônia, de valorizar os costumes, e possibilitar uma voluntária vinculação do juiz à jurisprudência pacificada ou costumeira dos Tribunais superiores, seja a prática da "Casa de Suplicação" portuguesa de elaborar Assentos", seja a prática brasileira de elaborar "Súmulas" da jurisprudência assentada.<sup>32</sup> Esta tendência não deve ser desprezada, pois, em um país de dimensões continentais, permitiu uma razoável harmonia das decisões jurisprudenciais (*Entscheidungsharmonie*).<sup>33</sup>

O papel decisivo do direito dos juízes (*Richterrecht*) na evolução e desenvolvimento do direito brasileiro fica claro quando se observa que, até 1917, as fontes legislativas

do direito civil eram muito lacunosas e esparsas.<sup>34</sup> O juiz português ou brasileiro utilizava, direta ou indiretamente (através das Glosas) o direito romano, como fonte subsidiária oficial para suprir as lacunas das Ordenações Manuelinas (de 1521) e das Ordenações Filipinas (de 1603).<sup>35</sup> Forma-se aqui, portanto, uma característica do jurista brasileiro: uma predileção especial por Opiniões e Argumentos de Autoridade e pela jurisprudência sumulada ou pacificada, como forma de orientar-se no caos – por abundância ou vácuo – legislativo.<sup>36</sup>

A quarta influência tem origem no momento político brasileiro, quando da formação de nossa atual legislação de direito civil, e pode ser dividida em duas importantes fontes jus-políticas. Em primeiro lugar, note-se que os primeiros projetos para o CCBBr. foram elaborados no tempo entre a Independência do Brasil (1822) e a República (1889). O Brasil era, portanto, um Império e pôde, assim, resistir relativamente bem à grande influência do revolucionário e republicano *Code Civil* francês de 1804. As fortes críticas de Teixeira de Freitas<sup>37</sup> ao modelo do *Code Civil* não tinham, prova-

velmente, só fonte científica, mas também, de certa maneira, origem política. Já o último e aceito Projeto do CCBBr, que data de 1899, foi elaborado no tempo da República e sob a égide de uma ordem constitucional nova, federalista e não mais monárquica. Neste momento, a Codificação francesa ganha em importância e pode influenciar – como efetivamente aconteceu – fortemente o Código Civil Brasileiro. O *Code Civil* é das legislações estrangeiras aquela que maior número de normas do CCBBr. consegue influenciar: 172 normas do CCBBr. encontrariam nele sua inspiração.<sup>38</sup>

Note-se ainda que a primeira Constituição Republicana do Brasil de 1891 tem forte inspiração norte-americana, uma vez que com a ajuda de Rui Barbosa muitas instituições e normas daquela Constituição Federativa, – Presidencial e Republicana serão incorporadas.<sup>39</sup> O Direito Constitucional brasileiro forma-se, assim, sob influência e com grande proximidade do modelo norte-americano.<sup>40</sup> A mistura e o convívio destas duas famílias jurídicas, a família romana ou romano-germânica e a família da *Common Law*, através da Constituição norte-americana, explicam a tendência brasileira de um certo *ecletismo* jurídico,<sup>41</sup> ain-

da mais hoje em que a força normativa da Constituição e a forte influência do direito público no direito privado não pode ser mais desconhecida.

As Codificações do século XIX e XX no Brasil e a crescente legislação esparsa estabelecem uma forte tendência positivista no país. Estas diferentes e mesmo contrárias influências, assim como o especial desenvolvimento social brasileiro, em um tipo de feudalismo colonial contraposto por uma grande imigração, acabaram formando o direito brasileiro. Segundo muitos, o trabalho e convívio com as diferentes e contrárias fontes asseguraram a ele, justamente, certa originalidade.<sup>42</sup>

## 2. A influência da ciência jurídica alemã sobre os mais importantes juristas brasileiros e sobre seus Projetos de Código Civil Brasileiro

A influência da ciência jurídica alemã do século XIX sobre quatro juristas brasileiros da época, oriundos ou não da tradição culturalista da Escola de Recife, será aqui analisada, uma vez que os quatro juristas escolhidos (Teixeira de Freitas,

31. Veja Galves, Carlos, O Direito Natural, in: Rev. Fac. de Direito de Passo Fundo, 1986, pg. 43ss. o qual cita Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Vicente Ráo e Miguel Reale; veja também Diniz, Maria Helena, As Lacunas no direito, São Paulo, 1981, pg. 184ss.

32. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 67ss.

33. Assim Pontes de Miranda, Fontes, pg. 69.

34. Assim Pontes de Miranda, Brasil- Código Civil, pg. XXXIII.

35. Moreira Alves, pg. 32 e 33. Veja também Moreira Alves, José Carlos, O Direito Romano e sua Influência no Direito Brasileiro-Roteiro de Exposição, in: Roma-Brasília I - Storia e Istituzioni, Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (Coord.), Rom, 1984, pg. 26-32.

36. Assim também Caenegem, R.C., An Historical introduction to private law, Cambridge, 1992, pg. 74.

37. Veja as críticas de Freitas in: Freitas, Augusto Teixeira de, Código Civil - Esboço, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 4. Bd., Rio de Janeiro, 1952, pg. LII e LIV: "Não obstante seu methodo artificial, e com o máo principio da transferencia do dominio só por effeito dos contractos, o Codigo Civil da França tem exercido poderosa influencia."

38. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 93.

39. Dolinger, Jacob, The influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System, in: The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, pg. 804.

40. Assim Comparato, Fábio Konder, The Economic Order in the Brazilian Constitution of 1988, in: The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, pg. 756f. e auch Dolinger, pg. 823ss.

41. Veja sobre a "Circulation de modèles extra-romanistes dans les pays romanistes", Sacco, Rodolfo, La comparaison juridique au service de la connaissance du droit, Paris, 1991, pg. 159ss.

42. Assim David, René, Le Droit Comparé - Droits d'Hier, Droits de Demain, Paris, 1982, pg. 162ss. e Couto e Silva, pg. 163. Já Catalano e Valladão (Le droit latino-américain, Paris, 1954) defendem a idéia de uma família jurídica latino-americana; veja Catalano, Pierangelo, Sistema Jurídico Latino-Americano, in: Enciclopédia Saraiva, São Paulo, 1982, Bd. 69, pg. 256 e também Catalano, Pierangelo, Direito Romano atual, Sistemas Jurídicos e Direito Latino-Americano, in: Revista de Direito Civil (São Paulo), vol. 44, pg. 14ss.

Tobias Barreto, Clóvis Bevilacqua e Rui Barbosa) encontram-se, na opinião da maioria, entre os mais importantes da história do direito no Brasil e tiveram papel decisivo na elaboração e crítica dos Projetos de Código Civil Brasileiro.<sup>43</sup>

### a) A influência alemã em Teixeira de Freitas

Teixeira de Freitas é tido como o maior romanista e jurista codificador do Império.<sup>44</sup> Nascido na Bahia em 1816, Freitas estudou até 1837 na Faculdade de Direito de Olinda e fundou em 1843, com apenas 27 anos de idade, o Instituto dos Advogados do Brasil.<sup>45</sup> Em 1857 elaborou para o Império a primeira reunião sistemática e exaustiva das leis civis Brasil independente, a chamada "Consolidação das Leis Civis". A Consolidação teve como base as vigentes "Ordenações Filipinas" de 1602 e alcançou até 1917 – isto é, mais do que meio século – a autoridade de um verdadeiro Código Civil Brasileiro.<sup>46</sup>

A Consolidação veio acompanhada de uma Introdução sistemática de 100 pá-

ginas elaborada pelo próprio Teixeira de Freitas.<sup>47</sup> Nesta Introdução esclarece Freitas porque ele recusa tanto o modelo romano das Institutas de Caius,<sup>48</sup> quanto o modelo e a sistemática francesa presente no *Code Civil*<sup>49</sup>: Sua consolidação será organizada em uma Parte Geral e uma Parte Especial!

Freitas retira a idéia de uma Parte Geral do direito romano: "*Omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*" (Dig. L. 1 de stat hom., Inst. L. 1.T. 3.princ, Inst. Gaio Comment. 1. N. 8).<sup>50</sup> Apesar de Freitas utilizar em sua Introdução da Consolidação prioritariamente autores franceses e textos romanos, não deixa de analisar, no que concerne a divisão das matérias do direito civil, a opinião Savigny e Leibnitz. Analisa, em especial, a opinião da Escola Histórica contra a divisão utilizada nas Institutas e afirma: "*Mais tarde a necessidade de uma melhor classificação foi geralmente sentida, inumeros ensaios succedêrão-se, rapidamente, o methodo antigo foi quasi banido das escolas. Fallamos da Alemanha, o paiz da mediação, onde a Sciencia do Direito, associando-se á historia, e á philologia, tem alcança-*

43. Veja Paul, Stolleis, pg. 85. O autor cita a obra monografica de Valmireh Chacon, Da Escola de Recife ao Código Civil de 1969.
44. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 80. Veja sobre a vida e a obra de Augusto Teixeira de Freitas, Wolf Paul, in dem biographischen Lexikon: Stolleis, Michael (Coord.) Juristen, München, 1995, pg. 608.
45. Carneiro, Levi, Estudo Crítico-Biográfico, in: Código Civil - Esboço, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 4. Bd., Rio de Janeiro, 1952, pg. VIII.
46. Assim Wolf, Paul, in: Stolleis, pg. 608.
47. Veja Freitas, Augusto Teixeira de, Consolidação das Leis civil - Publicação Autorizada pelo Governo, 3. Aufl., Rio de Janeiro, 1896, pg. XIX a CCXX.
48. Freitas, Introdução à Consolidação das Leis civis - Publicação Autorizada pelo Governo, 3. Aufl., Rio de Janeiro, 1896, pg. XL e XLI: "Nas Institutas, destinadas ao ensino, a pretendida normas devêra ter sido rigorosamente observada. tambem isto não se confirma....Esta incoherente distribuição de materias..."
49. Freitas, Introdução, pg. LII e LIV: "Com muita razão se tem dito que a ultima divisão do Codigo Civil Francez poderia ter comprehendido todas as leis civis, e que o tratado das pessoas e das cousas não passa de simples preliminar...Não obstante seu methodo artificial...o Codigo Civil da França tem exercido poderosa influencia."
50. Freitas, Introdução, pg. XL.

do os mais brilhantes triumphos. Não são em tudo concordes os Jurisconsultos da nova escola, mas pronuncia-se com poucas excepções contra a inintelligivel divisão de - pessoas, cousas e ações-." <sup>51</sup> A referida Consolidação traz uma Parte Geral, dividida em dois tópicos: Das Pessoas e Das Cousas.<sup>52</sup>

A grande obra, porém, de Teixeira de Freitas foi o "Código Civil- Esboço" de 1960, o inacabado projeto de Código Civil para o Brasil com seus 4.908 Artigos, geralmente chamado de "Esboço".<sup>53</sup> Segundo Clóvis Bevilacqua o "Esboço" é a contribuição mais original e valiosa para o direito brasileiro.<sup>54</sup>

No "Esboço" desenvolve Freitas ainda mais sua Teoria da divisão sistemática das matérias: a Parte Geral tratará também dos Fatos jurídicos! Esta inclusão deve-se, segundo opinião corrente, à crescente influência dos estudos de Savigny sobre Teixeira de Freitas.<sup>55</sup> A divisão elaborada por Freitas é, segundo a doutrina brasileira, original e própria e não a divisão "objetiva" proposta por Savigny.<sup>56</sup> A divisão do Esboço em Parte Geral e Parte Especial e sua sub-divisão em Direito das Pessoas e das Coisas significava uma alternativa - à época - ao modelo preponderante do *Code Ci-*

51. Freitas, Introdução, pg. LII, veja citações de Savigny, pg. XLI, L, Leibnitz, pg. XLIX, L e LI. Analisada foi também o Código Civil austriaco, a ABGB, idem, pg. LVI. Segundo o professor catedrático de Coimbra Orlando de Carvalho, (Carvalho, Orlando de, Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado, in: Revista de Direito da Faculdade de Coimbra, vol. LX (1984), pg. 1-86) Teixeira de Freitas filiou-se ao sistema das Pandectas, em interpretação da Parte Geral que remonta a obra de Hugo (1789) e Heise (1807), após incorporada por Savigny, negando qualquer originalidade a Freitas, Carvalho, pg. 36 e nota 55. Carvalho analisa, porém, o Esboço de 1860 e não especialmente a Consolidação, que lhe é anterior.
52. Freitas, Introdução, pg. CXII e CXIII: "Sob as idéias fundamentaes, que temos desenvolvido, a CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS apresetna em sua primeira divisão duas grandes categorias, que fórmão sua Parte Especial. Á esta Parte Especial antecede uma Parte Geral, que lhe serve de prolegomenos. A Parte Geral trata em dois Titulos das pessoas e das cousas, que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e portanto, das relações jurídicas na esphera do Direito Civil."
53. O Esboço foi publicado, de forma incompleta, pela primeira vez em 1860 e até 1865 pela Typographia Universal Laemmert do Rio de Janeiro, e, em 1952, novamente publicado pelo Ministério da Justiça: Freitas, Augusto Teixeira de, Código Civil - Esboço, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 4. Bd., Rio de Janeiro, 1952. Na edição de 1952 receberá o "Esboço" uma informativa introdução elaborada por Levi Carneiro. Carneiro esclarece que Freitas elaborou 5.016 artigos, mas que somente 4.908 destes foram publicados oficialmente pelo governo. O Capítulo III (Disposições communs aos direitos reas e pessoas) da Parte Especial permaneceu incompleto, assim Carneiro, Levi, Estudo Crítico-Biográfico, in: Código Civil - Esboço, Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 4. Bd., Rio de Janeiro, 1952, pg. XII.
54. Bevilacqua, Clóvis, Em Defesa do Projeto do Código Civil, Rio de Janeiro, 1906, pg. 23: "Mas si o Esboço não poudeser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudencia patria como a sua producção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéias."
55. Bevilacqua, Clóvis, Linhas e perfis jurídicos, Rio de Janeiro, 1930, pg. 121ss. e Carneiro, pg. XX. Carvalho, pg. 36, afirma que Freitas "confessa na carta de 1867" a influência sofrida pelo sistema das pandectas, na interpretação de alemã, em especial da obra de Savigny.
56. Bevilacqua, Clóvis, Linhas e perfis jurídicos, Rio de Janeiro, 1930, pg. 121 e 123: "A classificação adoptada por Teixeira de Freitas é uma feliz novidade, com que se enriqueceu a technica juridica. Mais tarde, o auctor a melhoraria e completaria. Mas, já então, é brilhante feito de uma inteligencia organica. Não é a mais a distribuição tripartida de Gaio... Também não é, ainda, a classificação objectiva de Savigny, que o jurisconsulto brasileiro jamais aceitou em seu conjunto. É uma forma intermedia de pensamento, que, seguindo a visão, obscura ainda, da jurisprudencia romana, e assilando os resultados das investigações allemãs, possui individuação, e merece que a assignalemos, com estima, na historia das idéias jurídicas." Assim também Carneiro, pg. XX e XXVI; Pontes de Miranda, Fontes, pg. 98. Contra, Couto e Silva, pg. 168, o qual identifica na divisão da Parte Geral do "Esboço" uma forte e decisiva influência da obra de Savigny sobre Teixeira de Freitas.

vil francês e teria sido o motivo - aliado à precisão dos conceitos e da linguagem jurídica utilizada por Freitas - do grande sucesso do "Esboço" como modelo legislativo, especialmente na Argentina.<sup>57</sup>

Freitas decidiu-se, por outro lado, pela Unificação das normas de Direito Civil e Direito Comercial. Apesar do Código Comercial Brasileiro datar de 1850, Freitas considerava em 1860 esta unificação necessária. Neste sentido, a Parte Geral do Esboço deveria ser considerada um Código Geral, contendo as normas básicas para as relações privadas, normas de direito privado geral. A Parte Especial por sua vez, seria o Código Civil, que regularia o direito civil e comercial, afirmando: .... "não há mesmo alguma razão de ser para tal seleção de leis."<sup>58</sup>

Neste Código único de direito privado dois diferentes capítulos regulariam o direito civil e o direito comercial, enquanto um terceiro capítulo trataria dos contratos comuns aos dois.<sup>59</sup> Parece ter sido este o verdadeiro motivo da recusa pelo governo

do Império do Esboço como Projeto de Código Civil e não simplesmente o atraso na entrega da versão completa.<sup>60</sup> A crítica mais comum ao Esboço ataca sua extensão, com 4.908 Artigos e a cientificidade excessiva de seu "Código Geral", verdadeira Parte Geral do Direito Privado.

### **b) A Influência alemã na Faculdade de Direito de Recife - Tobias Barreto, Clóvis Bevilacqua e Rui Barbosa**

Segundo Losano, foi mérito de Tobias Barreto de Meneses (1839-1889) ter divulgado e recepcionado a cultura e a ciência jurídica alemã na chamada Escola de Recife ou "Escola Alemã do Recife".<sup>61</sup> Nascido em Sergipe, em 1839, a partir de 1863 estudou Barreto na Faculdade de Direito de Recife e fundou o chamado "culturalismo jurídico"<sup>62</sup>, um chamado à renovação e desenvolvimento cultural no Brasil, com vistas a uma cultura jurídica humanista<sup>63</sup> e, indiretamente, ao fim do Império.<sup>64</sup>

57. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 98 e Carneiro, pg. XVIII. Carneiro destaca a influência do Esboço nos Códigos da época na Argentina, Uruguai e Paraguai, veja Carneiro, pg. XXXIII.

58. Carneiro, pg. XXI cita Freitas: "O 'Código Civil' conteria, sob essa mesma denominação, 'o direito civil e o comercial' .... 'não há mesmo alguma razão de ser para tal seleção de leis.'"

59. Carneiro, pg. XXIV.

60. Assim também Carvalho, pg. 38ss.

61. Losano, Mario G, Die deutsche Bibliothek Tobias Barreto in Recife, in: Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung, 1/92, pg. 2. Do mesmo autor, La scuola di Recife e l'Influenza tedesca sul diritto brasiliano, in: Tarello, G. (Coord.), Materiale per una storia della Cultura Giuridica, 4, 1974, pg. 323-415.

62. Chacon, Valmireh, Tobias Barreto e Dom Pedro II: Duas faces do Germanismo Brasileiro, in: Obras completas de Tobias Barreto, Ministério da Cultura (Coord.), Introdução por Valmireh Chacon, Brasília, 1990, pg.14s. Veja Barreto, Tobias, Estudos de Direito e Política, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1962, pg. 33: "Dizer que o direito é um produto da cultura humana importa negar que ele seja, como ensinava a finada escola racionalista e ainda hoje sustentam os seus pós-tumos sectários, uma entidade metafísica, anterior e superior ao homem..."

63. Paul, in: Stolleis, pg. 66.

64. Dom Pedro II era de família germânica, neto do Imperador da Áustria e primo do imperador alemão, mesmo assim Barreto ficará famoso por suas críticas à Dom Pedro II. Barreto mantinha um germanismo "seletivo" e será o primeiro a citar no Brasil os

Trata-se do maior autor, filósofo do direito e penalista de seu tempo, que em muito influenciou os intelectuais e juristas brasileiros, acostumados a uma orientação até então quase que exclusivamente francesa.<sup>65</sup> Barreto é considerado o fundador da Escola de Recife e com seu marcante "germanismo" trouxe aos juristas brasileiros o contato com a ciência, filosofia e literatura alemã da época e especialmente com a obra do então praticamente desconhecido no Brasil, Rudolph von Jhering.<sup>66</sup>

Professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Recife a partir de 1883, Barreto publicou dois livros escritos por ele próprio em alemão e, em 1875, um Jornal/Revista com o significativo título: "*Deutscher Kämpfer: Literarisches und politisches Zeitungsblatt für die Ausbreitung des Deutschtums in Norden Brasiliens*" (Lutadores Alemães: Revista literária e política para a Expansão do Germanismo no Norte do Brasil)<sup>67</sup>, o qual a partir de 1880 terá sua versão também em português, intitulada: "Estudos Alemães: Revista Mensal de Philosophia, Direito, Literatura e Crítica."<sup>68</sup>

Mulato originário da família de um escravidão, Barreto mostra sua genialidade ao aprender como auto-didata e com parca bibliografia disponível Latim, Alemão e Russo.<sup>69</sup> Em virtude de sua luta pelo fim da escravidão e do Império foi Barreto perseguido, perdendo sua cátedra e morrendo pobre no mesmo ano em que o Brasil tornava-se uma República.<sup>70</sup>

A tradição culturalista da Escola de Recife vai ser continuada, por Clóvis Bevilacqua.<sup>71</sup> Clóvis Bevilacqua, nascido em 1859, estudou na Escola de Barreto e mais tarde tornou-se Professor da Cadeira de "Legislação Comparada" na Faculdade de Direito de Recife.<sup>72</sup> Bevilacqua é o autor do projeto aprovado de Código Civil Brasileiro, datado de 1899.<sup>73</sup> Os precisos e científicos Cometários ao CCB, assim como os manuais de Direito Civil elaborados por Bevilacqua são considerados obras fundamentais para a ciência jurídica brasileira. Em seu Cometário apresenta Bevilacqua a doutrina civilista atual com forte aproximação à doutrina pandectística, aliada a uma gran-

trabalhos de Heine e de seu companheiro Karl Marx. Barreto critica também a política anti-semitista do Império, ele mesmo era oriundo de uma família de "novos cristãos" e mulato que lutou pelo fim da escravidão e do Império. Veja detalhes de suas opiniões políticas in: Chacon, pg. 14ss.

65. Couto e Silva, Clóvis, Saudação de Abertura do Congresso Jurídico Brasil-Alemanha, in: Couto e Silva, Clóvis (Coord.), Studien zum Brasilien und Deutschen Recht, Faculdade de Direito/UFRGS, Porto Alegre, 1985, pg. 9.

66. Losano, pg. 2 e Paul, in: Stolleis, pg. 66.

67. Tradução nossa, segundo o significado. Note-se a relação entre o título do Jornal e a célebre obra de Jhering de 1872 "Kampf ums Recht" (Luta pelo Direito).

68. Veja Losano, pg. 2 e Paul, in: Stolleis, pg. 66.

69. Veja Paul, Stolleis, pg. 65.

70. Chacon, pg. 15 e Paul, in: Stolleis, pg. 66.

71. Couto e Silva, pg. 169.

72. Pontes de Miranda, Brasil-Código Civil, pg. XXVIII e Paul, in: Stolleis, pg. 85.

73. Couto e Silva, pg. 169.



de influência da visão positivista de Auguste Comte.<sup>74</sup>

Outro grande jurista brasileiro é também originário da Escola de Recife: Rui Barbosa. Nascido em 1849, Barbosa estudou Direito em Recife e São Paulo e tornou-se mais tarde Constitucionalista e Consultor Jurídico da República, elaborador da primeira Constituição republicana do Brasil em 1891.<sup>75</sup> Nesta Constituição é dominante a influência da Constituição norte-americana. Político e Senador desempenhará Rui Barbosa importante papel na aprovação e crítica do Anteprojeto de CCBr. Em virtude de suas críticas à linguagem e à forma do Projeto de CCBr. de Bevilacqua, o Senado aprovará mais de 186 Sugestões de melhoramento e modificações ao Projeto, em um processo de discussão, em várias comissões, que durará mais do que 12 anos.<sup>76</sup> Somente em 26 de dezembro de 1915 é o Projeto Bevilacqua aprovado. Promulgado em 1º de janeiro de 1916 entrará em vigor em 1º de janeiro de 1917.<sup>77</sup>

## B) Momento Histórico da elaboração do Código Civil

74. Assim tb. Paul, in: Stolleis, pg. 86, Couto e Silva, pg. 169s. e implicitamente, Pontes de Miranda, Fontes, pg. 441. Como legislação básica ao Art. 1 do CCBr. traz Bevilacqua as seguintes fontes: Art. 1 AGBGB-Código Austríaco, Art. 1 CCColombiano e Art. 3 CCPortuguês. A seguinte bibliografia: o brasileiro Espínola e o alemão Endemann. Em seus Comentários do Art. 2 ao 20 vai citar além de autores portugueses, franceses e italianos também os germânicos: Savigny, Windscheid, Kohler, Jhering, Dernburg, Bruns-Mitteis, Schirmeister e Prochowick, J.W. Heddemann, Sohm, Roth e o próprio BGB alemão (Code civil Allemand, publié par le Comité de lég. étr.).

75. Paul, in: Stolleis, pg. 63.

76. Pontes de Miranda, Brasil- Código Civil, pg. XXXIX.

77. Moreira Alves, José Carlos, A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, São Paulo, 1986, pg. 6.

78. Bevilacqua, Clóvis, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil - Commentado, Rio de Janeiro, 1931, pg. 9s. e Pontes de Miranda, Fontes, p. 66.

79. *Apud* Pontes de Miranda, Fontes, pg. 66.

80. Assim Bevilacqua, Clóvis, Em Defesa do Projecto do Código Civil, Rio de Janeiro, 1906, pg. 22ss.

81. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 87.

## Brasileiro de 1916 e suas Fontes principais

Mesmo se o Código Civil Brasileiro (CCBr.) foi aprovado somente no início do século XX (1916), é necessário observar que a elaboração deste marco codificador para a história do direito civil brasileiro começou muito antes, com a Independência de Portugal em 1822. Segundo Lei de 20 de outubro de 1823 continuaram vigorando no Império as Ordenações Filipinas, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto se não organizasse um novo Código ou não fossem aqueles alterados.<sup>78</sup> Da mesma forma previu o Art. 179 XVIII da Constituição imperial do Brasil de 1824, que: "Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade."<sup>79</sup> Numerosos Projetos serão elaborados até que os trabalhos mais importantes e pioneiros como o de Teixeira de Freitas em 1860 seja preparado.<sup>80</sup> O Projeto enfim aprovado só o será o de 1899, da lavra de Clóvis Bevilacqua.<sup>81</sup> Dos quase 16 anos de sua discussão parlamentar vão resultar em mudan-

ças, em sua maioria, apenas formais.<sup>82</sup> Somente em 1º de janeiro de 1917 entra em vigor o Código Civil no Brasil.<sup>83</sup>

## 1. Dos primeiros Projetos até o Projeto de 1899 de Clóvis Bevilacqua

A pergunta sobre a necessidade de uma Codificação do direito civil foi uma constante no Brasil do século XIX. Desde a primeira Constituição Imperial brasileira de 1824 a resposta afirmativa estava clara: um Código Civil Brasileiro deveria ser organizado.<sup>84</sup> Com este fim, uma série de juristas brasileiros e mesmo portugueses elaboraram estudos e projetos, como os de: Carvalho Moreira (1846), José Homem Correia Telles, Visconde de Seabra, Teixeira de Freitas (1859), Nabuco Araújo (1872), Felício dos Santos (1891) e Coelho Rodrigues (1890). Em abril de 1899 foi contratado Clóvis Bevilacqua, Professor de Legislação Comparada da Faculdade de Direito de Recife, e em menos de oito meses, em novembro de 1899, estava pronto o Projeto.<sup>85</sup>

Bevilacqua era oriundo da Escola do Recife e muito influenciado pela Pandectística alemã.<sup>86</sup> Era um organizador pragmático e cuidadoso, e, sobretudo, um

jurista preciso. Sua admiração pela ciência jurídica alemã e por Savigny teve de ceder ao modelo francês já acentado, aos costumes existentes e à necessidade de adaptação de modelos estrangeiros à realidade brasileira. Professor e não advogado, privilegiava Bevilacqua uma linguagem curta e precisa, relativamente simples para o mundo do direito, com definições legais precisas e um sistema relativamente exaustivo, que levarão o CCBr. a ser chamado de obra professoral, afastada da realidade.<sup>87</sup>

Segundo Pontes de Miranda o Projeto Bevilacqua e, por conseguinte, o CCBr. apresentam um caráter "sentimental", e menos social do que poderia ser.<sup>88</sup> Ao contrário, seria o CCBr. marcado pelo individualismo, com idéias liberais e religioso-morais que o caracterizariam como texto pouco político, a contribuir para o continuismo da organização social e para aumentar os conflitos sociais. Um bom exemplo seriam as normas sobre a incapacidade civil dos indígenas e as regras sobre a divisão e função da propriedade que ajudaram a manter o colonialismo-feudal já implantado.

As críticas de Rui Barbosa ao Projeto de Bevilacqua tinham natureza formal e linguística, concedendo ao texto legal uma

82. Veja crítico, Pontes de Miranda, Fontes, pg. 92.

83. Art. 1.806 do CCBr., Decreto Nr. 3.071 de 1º de Januar de 1916.

84. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 66.

85. Veja detalhes em Pontes de Miranda, Fontes, pg. 79 a 96.

86. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 83.

87. Veja as críticas de Pontes de Miranda, in: Fontes, pg.86-87: "...é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida. O que nele morde (digamos) a realidade vem de Teixeira de Freitas ou de Coelho Rodrigues...há excesso de boa fé, que lhe advém de não haver advogado, nem ter sido juiz, mas somente professor..."

88. Pontes de Miranda, Brasil- Código Civil, pg. XXII.

nova unidade, mas diminuindo a sua precisão científica. Segundo Pontes de Miranda, nos 16 anos de discussão parlamentar sobre o Código perdeu-se a chance histórica de analisar o modelo do novo Código Alemão, o BGB de 1900: “*não se folheou o B.G.B...*”<sup>89</sup> Assim também ocorreu com o Código Civil Suíço (1907) e de Obrigações (1911): “*A nenhuma destas leis recorreu o Senado - indiferente, como a Câmara e as Comissões, aos ensinamentos técnicos do século XX. De forma a poder afirmar o renomado jurista: A data mental do Código (como do BGB e do suíço) é bem 1899.*”<sup>90</sup>

Efetivamente, o CCBBr. pode ser visto como um filho do século XIX.<sup>91</sup> A maior influência alemã neste Código veio através da influência da própria doutrina e ciência alemã do século XIX, a Pandectística alemã e dos dois Projetos para o BGB.<sup>92</sup>

## 2. Fontes de inspiração do Projeto Bevilacqua

Moreira Alves defende a tese que, dos 1807 Artigos do CCBBr., cerca de 1445 são produtos da cultura romana, seja diretamente através das fontes romanas e da ciência originada no estudo do direito romano após a idade média, seja indiretamen-

te através de leis que recepcionaram esta cultura, leis portuguesas, alemãs, francesas e italianas.<sup>93</sup> Clóvis Bevilacqua, por sua vez, identifica em seus Comentários aos Artigos 1 a 114 do CCBBr. cerca de 49 Artigos cuja origem é romana, direta ou indiretamente, através da própria Pandectística alemã.<sup>94</sup>

A mais interessante das estatísticas sobre as fontes de inspiração do CCBBr. é apresentada por Pontes de Miranda, sem porém preocupar-se o autor em comprovar suas afirmações.<sup>95</sup> Afirma o autor que: “*Das aproximadamente 1.929 fontes do Código Civil, ao direito anterior pertencem 479, à doutrina já vigente antes do Código Civil, 272, e ao Esboço de Teixeira de Freitas, 189... Dos Códigos, o que quantitativamente mais correu foi o code civil, 172, menos por si do que pela expressão moderna que dera as regras jurídicas romanas. Em seguida o português, 83, o italiano, 72; os Projetos alemães, 66; o Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, 67; o espanhol, 32, a lei suíça de 1881, 31; o Código Civil Argentino, 17; o direito romano (diretamente), 19; o BGB austríaco, 7; o Código Civil Chileno, 7, o Código Civil mexicano, 4; o uruguaio, 2; o peruano, 2 e outros.*”<sup>96</sup> Segundo estas estatísticas mais

89. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 83: “Depois de 51 sessões, encerraram-se os trabalhos em agosto de 1990. Esta data é expressiva: já se achava em vigor o BGB e a comissão não cotejara sequer o que prevalecera naquele código...O governo procedeu a outra revisão, ...mas, ainda aí, não se folheou o BGB.”

90. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 85: “Keine dieser Gesetze wurden benutzt, gleichgültig war das Parlament und die Kommissionen für die Technik und Wissen der 20. Jahrhundert.”

91. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 85 e Couto e Silva, pg. 170.

92. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 93.

93. Moreira Alves, O Direito Romano, pg. 29.

94. So Statistik de Moreira Alves e Gaetano Sciascia, in: Moreira Alves, O Direito Romano, pg. 30.

95. Veja Pontes de Miranda, Fontes, pg. 93.

96. Veja Pontes de Miranda, Fontes, pg. 93.

da metade das fontes utilizadas foram brasileiras e de autores brasileiros e só 670 (de 1.178) oriundas da legislação estrangeira.<sup>97</sup>

Segundo ainda Pontes de Miranda dos Projetos brasileiros o mais original e que maior número de normas inspirou foi o de Teixeira de Freitas, com 189 normas, 49 normas de Felício dos Santos, 154 de Coelho Rodrigues, 135 de Clóvis Bevilacqua, 78 das várias Comissões, 40 da Câmara dos Deputados e 26 do Senado.<sup>98</sup> A conclusão de Pontes é, portanto, que da influência estrangeira a maior foi, cumulativamente, a germânica, seja através da *Pandektistik* e indiretamente de sua recepção em autores brasileiros, seja diretamente através dos variados Códigos e Leis da família dos Direitos germânicos (*deutsche Rechtsfamilie*) e dos próprios dois Projetos ao BGB.<sup>99</sup> Para examinar mais detalhadamente esta tese, será necessária uma segunda parte para identificar a influência alemã no Sistema do CCBBr.

## II - Sistemática do Código Civil Brasileiro de 1916 e o BGB alemão

Nesta segunda parte do trabalho, gostaríamos de analisar a influência que o BGB exerceu efetivamente no Código Civil Brasileiro de 1916. Segundo a opinião

mais corrente,<sup>100</sup> o CCBBr. deve à direta influência alemã a sua sistemática externa, especialmente sua divisão em Parte Geral e Parte Especial. Analisaremos, portanto, em detalhes se a divisão em Parte Geral (A) e em Parte Especial (B) realmente tem sua origem na influência germânica em nosso direito, assim como a opinião da doutrina brasileira sobre a influência alemã, seja diretamente pelo BGB, seja indiretamente pela doutrina pandectista, no conteúdo das normas aceitas no CCBBr.

### A) A inclusão de uma Parte Geral no Código Civil Brasileiro de 1916 e o BGB

#### 1. O Sistema da Parte Geral brasileira

Os autores alemães tendem a considerar que a influência germânica no CCBBr. foi quase que exclusivamente quanto ao sistema adotado no Projeto Bevilacqua, especialmente com a inclusão de uma Parte Geral.<sup>101</sup> Autores brasileiros, ao contrário, consideram que a inclusão de uma Parte Geral no CCBBr. deve-se a uma idéia original de Teixeira de Freitas e não a imitação de um modelo estrangeiro, como o BGB.<sup>102</sup> Bevilacqua mesmo concorda que a divisão das matérias no Esboço foi uma original contribuição de Freitas ao direito brasileiro.<sup>103</sup> Da mesma forma, o comparatista fran-

97. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 93. Nipperdey cita as mesmas estatísticas, veja Ennecerus/Nipperdey, pg. 109 (§ 26 X).

98. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 93.

99. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 93.

100. Zweigert/Kötz, pg. 114 (§8 VI) e David, pg. 95 (Nr. 67).

101. Zweigert/Kötz, pg. 114 (§ 8 VI).

102. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 97f.

103. Bevilacqua, Em Defesa do Projeto, pg. 23: “Uma das suas (do Esboço) mais significativas originalidades é, sem dúvida, a ordem adotada para a distribuição das matérias...”



cês René David destaca o importante precedente que representou, no direito brasileiro, a divisão das matérias da "Consolidação das Leis Civis" de 1858, duvidando que a divisão executada no CCB. deva-se a uma direta influência do BGB de 1896.<sup>104</sup>

Segundo Enneccerus-Nipperdey, o CCB. possui várias idéias originais, mas seu sistema teria forte correlação ou inspiração no BGB alemão:

*"La más independiente de las codificaciones latinoamericanas es el C.c. brasileño de 1º de enero de 1916. De los 1.807 artículos que lo integran, una mitad, más o menos, deriva de los códigos europeos, principalmente del francés y del portugués, habiendo 62 artículos que tienen su origen en el C.c. alemán. La otra mitad se funda en ideas de los juristas brasileños y recoge el derecho consuetudinario." isto porque "metade dele se funda em idéias dos juristas brasileiros e recolhe o direito consuetudinário. La ordenación de las materias tiene una amplia correlación con el C.c. alemán, aunque sea diversa la división en una parte general y una parte especial"*<sup>105</sup>

Note-se que, efetivamente, a Consolidação de Teixeira de Freitas possuía já em 1858 uma Parte Geral, a qual incluía, de forma original frente aos modelos da época, normas somente sobre dois temas: Das Pessoas e Das Causas.<sup>106</sup> Em sua Introdução à Consolidação das Leis Civis, esclarece Freitas de forma exaustiva e independente, porque ele recusa os dois modelos em voga, tanto o modelo do direito romano, a divisão das Institutas de Caio,<sup>107</sup> quanto o modelo do Code Civil<sup>108</sup> francês e porque não organiza sua Consolidação segundo a divisão clássica "pessoas-coisas-ações", mas em duas partes distintas: a Parte Geral e a Parte Especial do Direito Civil. A inspiração para incluir uma Parte Geral é retirada por Freitas de um texto romano.<sup>109</sup>

Em sua procura, que nos parece crítica e independente, da melhor divisão das matérias, Freitas cita igualmente Savigny, mas conclui que, a esta época (a Consolidação foi elaborada entre 1855 e 1858), a Escola Histórica alemã ainda não teria chegado a um consenso sobre a melhor divisão das matérias.<sup>110</sup>

104. David, pg. 95 e Fußnote 1, pg. 95 (Nr. 67).

105. Enneccerus/Nipperdey, pg. 109 (§ 26 X). Contra Moreira Alves, José Carlos, O Direito Romano, pg. 28.

106. Freitas, Introdução, pg. CXII e CXIII: "Sob as idéias fundamentaes, que temos desenvolvido, a Consolidação das Leis Civis apresetna em sua primeira divisão duas grandes categorias, que fórmão sua Parte Especial. Á esta Parte Especial antecede uma Parte Geral, que lhe serve de prolegomenos. A Parte Geral trata em dois Títulos das pessoas e das cousas, que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e portanto, das relações jurídicas na esphera do Direito Civil."

107. Freitas, Introdução zur Consolidação das Leis Civis - Publicação Autorizada pelo Governo, 3. Ed., Rio de Janeiro, 1896, pg. XL e XLI: "Nas Institutas, destinadas ao ensino, a pretendida normas devêra ter sido rigorosamente observada. tambem isto não se confirma....Esta incoherente distribuição de materias..."

108. Freitas, Introdução, pg. LII e LIV: "Com muita razão se tem dito que a ultima divisão do Codigo Civil Francez poderia ter comprehendido todas as leis civis, e que o tratado das pessoas e das cousas não passa de simples preliminar...Não obstante seu methodo artificial... o Codigo Civil da França tem exercido poderosa influencia."

109. Freitas, Introdução, pg. XL: "Omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones" (Dig. L. 1 de stat hom., Inst. L. 1.T. 3.princ, Inst. Gaio Comment. 1. N. 8).

110. Freitas, Introdução, pg. LII, veja citações de Savigny, pg. XLI, L, e de Leibnitz, pg. XLIX, L e LI. Analisado foi também o Código Austríaco (ABGB), pg. LVI.

Teixeira de Freitas propõe em seu "Esboço" de 1860, por sua vez, a divisão do direito privado nas seguintes partes: Parte Geral (Pessoas, Coisas, Fatos), e uma Parte Especial dividida em direitos pessoais (em geral, relações de família e relações civis), direitos reais (em geral, sobre coisas próprias e sobre coisas alheias) e disposições comuns a pessoas direitos pessoais e reais (herança, concurso de credores e prescrição).<sup>111</sup> Nota-se em Freitas já grande influência de Savigny, mas os autores brasileiros são unânimes ao considerar que, na divisão escolhida para o Esboço, manteve Freitas posição se não perfeita, pelo menos original, afirmando Pontes de Miranda: "Porém o mais admirável é a solidez, o concatenateamento e a intezeza da construção jurídica, com que pode erguer, com tal programa falho, com tal classificação censurável, a sua obra minudente, sagaz, em que por vezes se advinha o que só no BGB aparecerá. E só este Código (BGB) é, ainda hoje, pelo rigor técnico, superior ao Esboço brasileiro de 1860."

O próximo Projeto de Código foi elaborado por Coelho Rodrigues (1890/91). Coelho Rodrigues subdivide as matérias,

inspirado por Freitas, em Parte Geral e Parte Especial. A Parte Geral de Coelho Rodrigues, porém, inclui normas sobre: 1. Pessoas (físicas e jurídicas, brasileiros e estrangeiros, domicílio), 2. Coisas; 3. "Dos actos e factos jurídicos" ("Factos Jurídicos: necesarios (nascimentos, obitos); eventuais (pericimento da cousa, prescrição, actos illicitos); Actos Juridicos: relativos aos direitos reaes; relativos aos direitos pessoas; formas dos actos juridicos e as provas legais.").<sup>112</sup>

Em sua Introdução ao Projeto esclarece Coelho Rodrigues a originalidade de sua idéia de incluir uma terceira divisão na Parte Geral referente aos Actos jurídicos.<sup>113</sup> O autor analisa o obra de Savigny, e o critica por incluir no conceito de "Factos Jurídicos" não somete os fatos objetivos, mas também algumas declarações de vontade, que pela participação do homem deveriam estar contidas nos atos jurídicos.<sup>114</sup> Conclui Coelho Rodrigues que sua terminologia é a melhor e critica não só a posição de Savigny, mas também o "novo projeto alemão", referindo-se ao Projeto de BGB de 1897/88 e a posição das normas sobre prescrição e decadência.<sup>115</sup> As idéias principais de Coe-

111. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 97s.

112. Coelho Rodrigues, A., Projecto do Codigo Civil precedido da Historia Documentada do mesmo e dos anteriores, Rio de Janeiro, 1897, pg. 7.

113. Coelho Rodrigues, pg. 6 e 7: "7. Pelos meados de 1885...esbocei o plano do 'Appendice B' e apresentei-lh'o no fim de julho daquelle anno....Nelle propunha eu, ...que o projecto fosse dividido em uma parte geral e outra parte especial; que a primeira fosse subdividida em tres livros: um das Pessoas, outro das Causas e outro dos Actos Juridico. ...8. Foi sob a influencia destas idéas que, um anno depois, assentei o plano...mencionando, porém, antes dos Actos, os Factos jurídicos, como materia integrante do livro 3º da Parte Geral, sobre cujo conteúdo divergem autoridades de maior peso..."

114. Coelho Rodrigues, pg. 7. O Autor cita no vol. 3, § 104 o sistema.

115. Coelho Rodrigues, pg. 7: "Mas os factos jurídicos, que podem interessar e mesmo resolver tanto os direitos pessoases, como o perezimento do objeto, ou a prescrição do título do direito e os actos illicito in genere, esses só podiam e deviam entrar onde os colloquei, na Parte Geral, sem embargo da opinião de Savigny e do exemplo recente do projecto do Codigo civil alemão, que scindiu a materia de prescrição. Nesta parte, portanto, mantive o meu plano e na mesma ordem em que esbocei no contrato e, por ocasião de articulá-lo, não encontrei difficuldade imputavel a defeito delle, cujo conteúdo póde ser figurado no seguinte quadro:

lho Rodrigues, no que se refere à Parte Geral do Código Civil, acabaram por influenciar Bevilacqua, o qual, porém, não as adotou totalmente.

A divisão escolhida por Bevilacqua, e que é a divisão do atual CCB, foi a seguinte: 1. Pessoas (das pessoas naturais e jurídicas; do domicílio civil); 2. Bens; 3. Fatos Jurídicos (dos atos jurídicos, dos atos ilícitos, da prescrição).<sup>116</sup>

Esta divisão encontraria sua inspiração nos projetos de Teixeira de Freitas e de Coelho Rodrigues, mas também na legislação comparada e na ciência jurídica da época, segundo Bevilacqua.<sup>117</sup> Certo é, que mesmo se concordamos com a originalidade das idéias de Teixeira de Freitas na divisão da Parte Geral frente aos modelos estrangeiros, não se pode negar que a obra de Savigny influenciou tanto Freitas, Co-

lho Rodrigues, como Bevilacqua, que a estudaram, discutiram, refletiram e dela se ocuparam enquanto escreviam seus projetos. Freitas e Rodrigues elaboraram seus Projetos antes de que o projeto final do BGB estivesse pronto e consideraram somente o primeiro e criticado projeto de 1887/88.<sup>118</sup> Bevilacqua, ao contrário, conhecia o segundo Projeto de BGB, publicado em 1895<sup>119</sup>, e o considerou em seus estudos. Parece-nos, porém, *data maxima venia* que a influência maior no Código Civil brasileiro foi a da doutrina alemã, da ciência jurídica alemã do século XIX e não a inspiração direta retirada dos Projetos ou do próprio BGB de 1896.<sup>120</sup>

## 2. Influência do BGB no conteúdo da Parte Geral

A Parte Geral do CCB contém, em comparação com o BGB e tendo em vista a

### Parte Geral

- Factos Jurídicos - necessários (nascimentos, óbitos)
- eventuais (pericimento da coisa, prescrição, actos ilícitos)
- Actos Jurídico
- relativos aos direitos reaes
- relativos aos direitos pessoais

A matéria do quadro supra adicionei mais um título final sobre as formas dos actos jurídicos e as provas legais."

116. Bevilacqua, Em Defesa do Projecto, pg. 26. É interessante notar que Bevilacqua concordava com Savigny, de que as normas sobre "Decadência" deveriam estar na Parte Especial e não reunidas com as de prescrição na Parte Geral. O Projeto de CCB foi reformado no Senado neste tema. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 86. Veja também meu artigo "Tendances récentes de la prescription extinctives en droit brésilien", in: Hondius, Ewoud, Extinctive Prescription- On the Limitation of Actions-, Hague, 1995, pg. 75ss.
117. Bevilacqua, Em Defesa do Projecto, pg. 26: "Principalmente o Esboço de Teixeira de Freitas e o Projecto do Dr. Coelho Rodrigues, mais seguidamente este que aquele, forneceram-me copioso elementos para a construção que me havia sido confiada. além destes materiaes, aos quaes eu intencionalmente queria ligar o meu trabalho, é natural que pedisse á jurisprudência patria as peculiaridades aproveitaveis de sua feição, á doutrina e á legislação comparada, os seus inestimaveis ensinamentos."
118. Sobre o primeiro Projeto de BGB veja a edição especial da Revista fundada por Savigny, Archiv des civilistische Praxis, Bd. 33, 1888, pg. 1 a 474.
119. Veja detalhes em Laufs, Adolf, Rechtentwicklung in Deutschland, 3. Aufl., Berlin, 1984, pg. 261.
120. Bevilacqua, Em Defesa do Projecto, pg. 48: "Dizem alguns que a classificação allemã é puramente empirica... Mas a opinião hoje dominante é, ao contrario, que essa classificação fórma um systema logicamente constituido, em que os diversos membros se prendem e se completam, sem se prejudicarem e sem se confeitarem... Tal critério faz-nos encontrar as quatro categorias de relações indicadas sob a denominação de direitos da família, das cousas, das obrigações e das sucessões."

possível influência alemã, uma série de normas e conceitos bastante originais. Assim, por exemplo, traz o Código Civil Brasileiro uma Teoria do Ato Jurídico, que na terminologia alemão é chamada de *Handlungslehre*, e que ficou ausente no BGB de 1896. Note-se que Bevilacqua não utilizou o conceito de "*Rechtsgeschäft*" (negócio jurídico)<sup>121</sup>, preferindo a expressão tradicional portuguesa de "acto jurídico" (*Rechtshandlung*)<sup>122</sup> e, talvez por esta razão, elaborou uma verdadeira teoria do ato jurídico, que incluía não somente o ato lícito, mas também o ato ilícito, seguindo assim os modelos de Freitas e de Coelho Rodrigues.<sup>123</sup>

O BGB trata do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*, § 104 e seg. BGB), da declaração de vontade (*Willenserklärung*, § 116 e seg. BGB) e do contrato (*Vertrag*, § 145 e seg. BGB) na Parte Geral, deixando para a Parte Especial, no Direito das Obrigações, as regras sobre os atos ilícitos e a responsabilidade daí resultante (§ 812 e seguintes do BGB). O CCB define tanto o ato lícito

(atos jurídicos, Art. 81ss.), como o ilícito (atos ilícitos, Art. 159s.), e os fatos juridicamente relevantes (fatos, Art. 74ss.; prescrição, Art. 161ss.) na Parte Geral, como queriam mesmo alguns críticos do BGB.

A doutrina brasileira, porém, tende a utilizar o conceito germânico de negócio jurídico, classificando os atos jurídicos conforme o poder formativo e definidor (*Gestaltungskraft*) da declaração de vontade presente neste ato, classificando-os em "ato jurídico stricto sensu, ato-fato, negócio jurídico etc."<sup>124</sup> A inspiração da doutrina alemã do século XIX e do próprio BGB é aqui inegável.<sup>125</sup> A influência da ciência jurídica alemã e do BGB na literatura atual brasileira é até hoje decisiva, no que se pode chamar de um novo germanismo. Dentre os novos germanistas Pontes de Miranda, ao traduzir o CCB para o alemão, chega mesmo a traduzir a expressão "acto jurídico" como "*Rechtsgeschäft*" (negócio jurídico).<sup>126</sup> A tradução de Pontes da definição legal de ato jurídico para o alemão foi a seguinte: "Art. 81 - Jede erlaubte Handlung, die

121. Bevilacqua não utiliza, nem no Projeto, nem em seus comentários o conceito de "negócio jurídico"; conceito que conhecia, como provam as citações do direito estrangeiro e da literatura alemã e italiana (por exemplo, é citada a obra de G. Rotondi, *Negoço Jurídico*), veja Bevilacqua, *Código Civil*, pg. 318ss. (Art. 81ss.).

122. Bevilacqua apoia-se na doutrina brasileira, em Freitas e no Código Civil argentino, afirmando: "O Código Civil allemão não definiu o acto jurídico. O francez não destaca esta energia propulsiva da vida jurídica.", veja Bevilacqua, *Código Civil*, pg. 318 (Art. 81, *Legislação comparada*).

123. Art. 81 do CCB foi praticamente copiado do Art. 271 do Projeto de Coelho Rodrigues. Previa o Art. 271 de Rodrigues: "Considera-se acto jurídico todo o acto lícito que tenha por fim immediato adquirir, conservar, modificar, ou extinguir um direito." O Art. 81 de Bevilacqua e do atual CCB dispõe: "Todo acto lícito, que tenha por fim immediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito, se denomina acto jurídico."

124. Veja por exemplo a obra do atual Professor der Faculdade de Direito de São Paulo Azevedo, Antonio Junqueira de, *Negócio Jurídico - Existência, Validade e Eficácia*, São Paulo, 1990 e da atual escola de São Paulo (USP), veja Miranda, Custódio Ubaldino, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, São Paulo, 1989.

125. Veja a obra de 60 volumes de Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, na qual o vol. 3 é dedicado ao "Negócio Jurídico". Sobre o tema, comenta Paul, in: Stollis, pg. 497.

126. Veja Pontes de Miranda, *Brasil - Código Civil*, pg. 24.

zum unmittelbaren Zweck hat, Rechte zu erwerben, zu bewahren, zu übertragen, zu verändern oder zu aufzuheben, wird Rechtsgeschäft genannt."<sup>127</sup>

Sem dúvida, a utilização que faz a doutrina brasileira atual do conceito alemão de negócio jurídico é correta, pois o domínio do conceito apresenta uma série de vantagens e a definição de ato jurídico lícito do Art. 81 CCB. lhe é em muito semelhante, tanto na estrutura, como nos elementos, pois o negócio jurídico alemão também é uma declaração de vontade dirigida a um "efeito jurídico".<sup>128</sup> Considerar-lhes, porém, como sinônimos ou fenômenos idênticos pode ser uma simplificação exagerada, a aproximar o gênero da espécie. A decisão de Freitas, Coelho Rodrigues e Bevilacqua de incluir uma Teoria do Ato Jurídico na Parte Geral, e não somente regras sobre negócios jurídicos, mostrou-se na prática sábia. O sistema da Parte Geral do CCB. ganhou com isto em originalidade e em pragmatismo, pois o domínio da pirâmide de conceitos, do sistema estrito científico da doutrina alemã do século XIX nem sempre é fácil ou acessível a todos.

Por fim, cabe mencionar que mesmo apresentando o CCB. um sistema causal e

não conhecendo o princípio da abstração alemão (*Abstraktionsprinzip*), Bevilacqua recusou o modelo francês de incluir nos pressupostos de validade do ato (art. 82 CCB.) expressamente a causa lícita (*cause*).<sup>129</sup> Somente no Art. 90 do Código brasileiro há menção expressa à causa como motivo de nulidade relativa do ato. A noção de causa está, porém, implícita no sistema do direito civil brasileiro e lhe domina como os *writs* do antigo direito inglês, sendo uma constante na jurisprudência e na literatura brasileira.<sup>130</sup>

Uma outra característica considerada positiva da Parte Geral des CCB. é ter utilizado para definir o ato ilícito de uma cláusula geral, recusando o modelo alemão do § 823 BGB (*unerlaubte Handlung*) de estrita previsão positiva dos bens lesados a dar razão à indenização por ato ilícito. O Art. 159 CCB. prefere o modelo francês e baseando-se no princípio comum da culpa. A opção por uma cláusula geral e a consciente recusa do princípio francês do *non-cumul*, que proíbe a cumulação de pretensões de origem contratual e extra-contratual, parecem ter contribuído decisivamente para o bom desenvolvimento da responsabilidade extra-contratual no direito brasileiro.

127. Pontes de Miranda, Brasil - Código Civil, pg. 24.

128. Assim ensina Planck, que em sua obra de 1897, afirmava: "Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist." Planck, B., Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.I, 30 Edição, Berlin, 1903, pg. 179. Veja a tradução de Westerman, Harry, Código Civil Alemão - Parte Geral, Fabris, Porto Alegre, 1991, pg. 101ss.

129. Veja Bevilacqua, Código Civil, pg. 321 (Art. 82) e 331 (Art. 90): A causa dos contratos...A doutrina já fez justiça a esse requisito, que parece ter entrado no Código Civil francês por um equívoco...O código civil argentino, alemão, português e o federal suíço das obrigações não mencionam a causa entre os requisitos dos actos jurídicos." (pg. 331).

130. A causa é recolocada no sistema do CCB. através da interpretação doutrinária e jurisprudencial "Objeto lícito". Veja por todos, Costa, Judith Martins, A Teoria da Causa em perspectiva comparatista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro, in: Revista AJURIS 45 (1989), pg. 25ss. Contra Bevilacqua, Código Civil, pg. 331.

Ao contrário, é considerada uma característica negativa da Parte Geral do CCB. não possuir normas gerais semelhantes os § 138 BGB (violação dos bons costumes)<sup>131</sup> e § 157 BGB (interpretação conforme a boa-fé e aos bons costumes)<sup>132</sup>. O Código Civil brasileiro recebeu uma série de noções do direito romano, como o *dolus malus* (dolo do Art. 92ss.), o *metus* (coação do Art. 98ss.), a *exceptio doli contractus*, etc., mas a idéia de nulidade dos atos jurídicos *contra bonos mores* não foi expressamente prevista, restando apenas implícita. Da mesma forma as normas sobre interpretação dos negócios jurídicos são poucas, valorizando a vontade interna daquele que declara (Art. 85 CCB.).<sup>133</sup> Os valores liberais e individualistas da época encontram aqui sua expressão no CCB., o que Pontes de Miranda considera uma consequência da "ingenuidade" de Bevilacqua, um professor e não um advogado.<sup>134</sup> Contra estas críticas se pode afirmar que apesar das cláusulas gerais de *boni mo-*

res (comparável ao § 138 BGB) e de *bona fides* (comparável ao § 242 BGB, que encontra-se no direito das obrigações) não estarem expressas no CCB., estão implícitas em seu sistema.<sup>135</sup> Da mesma forma, não há porque criticar a escolha de Bevilacqua pela Teoria da Vontade (*Willenstheorie*) se no final do século XIX as teorias subjetivas eram prevalentes<sup>136</sup> e mesmo o direito alemão teve de fazer alguns compromissos entre a Teoria da Vontade e da Declaração.<sup>137</sup>

Segundo Bevilacqua, a Parte Geral do CCB. recebeu em suas normas grande influência da Pandectística alemã. Bevilacqua destaca o Art. 74 CCB., sobre aquisição de direitos, que teriam sua origem na obra de Savigny;<sup>138</sup> a noção de ação em direito material do Art. 75 CCB., baseada no conceito alemão de Anspruch<sup>139</sup> e outros.<sup>140</sup> Em seus comentários, Bevilacqua deixa clara a forte influência que exerceu a ciência e doutrina alemã do século XIX no conteúdo da Parte Geral do CCB., assim como foi forte a influência do direito tradicional brasilei-

131. O texto do § 138 BGB é o seguinte: "Um negócio jurídico que infrinja os bons costumes é nulo.

Nulo é, especialmente, o negócio jurídico pelo qual alguém, explorando o estado de necessidade, a situação ou a inexperience do outro, faz prometer ou conceder, para si, ou para terceiro, contra uma prestação, vantagens patrimoniais das quais o valor exceda de tal modo à prestação que, de acordo com as circunstâncias, as vantagens patrimonialmente estão em manifesta desproporção com a prestação." (tradução de Souza Diniz, Código Civil Alemão, Record, Rio de Janeiro, 1960, pg. 40).

132. O texto do § 157 BGB é o seguinte: "Os contratos devem ser interpretados conforme as exigências da boa-fé, atendendo-se aos bons costumes." (tradução nossa).

133. Veja Bevilacqua, Código Civil, pg. 324f (Art. 85). Sobre a importância do sistema de interpretação da vontade no BGB, veja Schmoekel, Mathias, 100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe, in: NJW 1996, pg. 1699f.

134. Veja as críticas de Pontes de Miranda, Fontes, pg. 87.

135. Veja Couto e Silva, Clóvis, O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português, in: Couto e Silva, Clóvis (Coord.), Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, São Paulo, 1980, pg. 43ss.

136. Veja detalhes em Junqueira, pg. 6.

137. Kötz, Hein, Europäische Vertragsrecht I, Tübingen, 1996, pg. 165 (§7).

138. Bevilacqua, Código Civil, pg. 310 (Art. 74, 2).

139. Bevilacqua, Código Civil, pg. 311 (Art. 75,1).

140. Segundo Pontes de Miranda encontram-se na Parte Geral do CCB. outras influências materiais do direito alemão, tais como o Art. 20 CCB., o Art. 26ss. CCB. e o Art. 32 CCB., entre outros. Veja Pontes de Miranda, Fontes, pg. 133 até 164.

ro e português, e dos Projetos de Freitas e de Coelho Rodrigues.

Concluí-se, portanto, que as regras da Parte Geral do CCB. sobre fatos e atos jurídicos retiraram forte inspiração da doutrina pandectista alemã. Assim também, indiretamente, receberam alguma influência do próprio BGB, mas não seguem as normas brasileiras a estrita construção conceitual (*strenge Begriffskonstruktion*), nem se tentou incorporar estes conceitos ao direito positivo brasileiro.<sup>141</sup> O CCB. deveria manter-se original, com técnica semelhante chegar a resultados comparáveis, sem ter que adotar o sistema de conceitos do direito alemão no nascente direito civil positivo brasileiro.

## B) A inclusão de uma Parte Especial no Código Civil Brasileiro de 1916 e o BGB

### 1. O Sistema da Parte Especial brasileira

A divisão da Parte Geral do CCB. encontra sua origem, segundo Bevilacqua, nos Projetos de Teixeira de Freitas e de Coelho Rodrigues, assim como na legislação comparada e na doutrina da época.<sup>142</sup>

Teixeira de Freitas propôs um código unificando as obrigações civis e comerciais, portanto, seus Esboço só pôde ser considerado em alguns aspectos. Note-se que tanto Freitas, como Coelho Rodrigues elaboraram seus projetos antes que a versão final do BGB (Projeto II de 1895)<sup>143</sup> estivesse pronta. Bevilacqua, ao contrário, pode considerar tanto o primeiro - e rejeitado - Projeto alemão de 1887/88<sup>144</sup>, como o segundo e definitivo Projeto de 1895, uma vez que elaborou seu texto em 1899.

Sobre o sistema escolhido, declara Bevilacqua ter adotado a "classificação alemã" e afirma: "*Dizem alguns que a classificação alemã é puramente empírica... Mas a opinião hoje dominante é, ao contrário, que essa classificação forma um systema logicamente constituído, em que os diversos membros se prendem e se completam, sem se prejudicarem e sem se confundirem... Tal critério faz-nos encontrar as quatro categorias de relações indicadas sob a denominação de direitos da família, das cousas, das obrigações e das sucessões.*"<sup>145</sup> Bevilacqua esclarece que a época não havia posição científica prevalente, pois de um lado o sistema de Savigny iniciava com o Direito das Coisas, já Coelho Rodrigues de forma original<sup>146</sup> e o próprio

141. Veja Bevilacqua, Código Civil, pg. 320 (Art. 82 CCB.).

142. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 26: "Principalmente o Esboço de Teixeira de Freitas e o Projecto do Dr. Coelho Rodrigues, mais seguidamente este que aquelle, forneceram-me copioso elementos para a construção que me havia sido confiada. além destes materiaes, aos quaes eu intencionalmente queria ligar o meu trabalho, é natural que pedisse á jurisprudência patria as peculiaridades aproveitaveis de sua feição, á doutrina e á legislação comparada, os seus inestimaveis ensinamentos."

143. Veja detalhes in: Laufs, pg. 261.

144. Veja detalhes sobre a crítica este primeiro Projeto e sua rejeição, in: Hattenhauer, Hans, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, Heidelberg, 1983, pg. 172 (N. 360).

145. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 48.

146. Coelho Rodrigues, pg. 9. O autor esclarece a originalidade de sua idéia e informa que após recebeu tradução do primeiro Projeto de BGB de 1887/88 elaborada pelo Professor de Genebra Louis Bridel: "Realizadas estas alterações ainda não fiquei satisfeito... porque não conhecia uma autoridade notoria, que me apoiasse nesta inovação e recejava passar por original em

BGB (em ambos os Projetos) iniciavam com o Direito das Obrigações<sup>147</sup>, enquanto o Código austríaco (AGBGB) e o Projeto suíço começavam com o Direito de Família.<sup>148</sup> Na falta de consenso, opta Bevilacqua por regular inicialmente o "cerne" da sociedade, a família, marcando assim o sistema da parte Geral brasileira com certa originalidade.<sup>149</sup>

O sistema do CCB. é o seguinte: Parte Geral (Art. 1-179), Parte Especial (180-1805), dividida em quatro livros: Direito de Família (Art. 180-484), Direito das Coisas (Art. 485-862), Direito das Obrigações (Art. 863-1571), Direito das Sucessões (Art. 1572-1805).

O sistema do CCB. aproxima-se efetivamente do sistema do BGB<sup>150</sup>, o qual Bevilacqua chama de "sistema alemão"<sup>151</sup>, mas as importantes diferenças autorizam concluir que a influência decisiva foi a da doutrina e ciência pandectística alemã e só indiretamente, e com muito menor força, do BGB e seus projetos.

materia de tanta responsabilidade. Felizmente, communicando meus desejos e receios a um distincto professor da Faculdade de Direito de Genebra, elle não só approvou a minha idéa, como apoiou-a com o exemplo do Projecto doCodigo Alemão, cujo indice teve a bondade de traduzir em francez para mais tranquillizar-me." (Coelho Rodrigues, pg. 9f.)

147. Veja sobre a divisão da parte especial do primeiro Projeto alemão de BGB, AcP 33(1888), pg. 209ss.

148. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 47-49.

149. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 52. Note-se que a primeira versão do Projeto de Coelho Rodrigues trazia ordem semelhante das matérias, veja Coelho Rodrigues, pg. 7.

150. Parte Geral (Pessoas, Coisas, Negócios Jurídicos, Prazos, Prescrição, Exercício dos Direitos, Garantia - § 1 a 240), Direito das Obrigações (§ 241 a 853); Direito das Coisas (§ 854 a 1296), Direito de Família (§ 1297 a 1921); Direito das Sucessões (§ 1922 a 2385).

151. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 50.

152. Veja Stürner, Rolf, Der hunderste Geburtstag des BGB - nationale Kodifikation im Greisenalter?, in: JZ 1996, pg. 747 (pg. 741-752). Veja também Bosch, F.W., Entwicklungslinien des Familienrechts in den Jahren 1947 bis 1987, in: NJW 1987, pg. 2617ss. Sobre a necessária evolução do direito alemão veja a expressiva de Kohler, já em 1906: "...Das Bürgerliche Gesetzbuch darf nicht auf Jahrzehnte lang Hemmnis freier Wissenschaft und freier weitschauender Rechtsprechung sein,...Nur im Fortschritt ist das Leben" (Kohler, Josef, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts- Bd.1, Berlin, 1906, pg. 7 e XII).

153. Veja Pontes de Miranda, Fontes, pg. 166 sobre o CCB. e Stürner, pg. 747 sobre o BGB.

154. Veja Pontes de Miranda, Fontes, pg. 167.

155. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 174.

## 2. Influência do BGB no conteúdo da Parte Especial

O Direito de Família brasileiro, Livro I da Parte Especial do CCB. encontra-se em contínua evolução. Do direito de família previsto no Projeto de Bevilacqua resta muito pouco no direito de família brasileiro de hoje, apesar da maioria das normas permanecer em vigor, seu espírito, sua releitura conforme a Constituição, e mesmo seu teor, em muito se modificou. Fenômeno semelhante aconteceu com a parte de direito de família do BGB.<sup>152</sup> As normas de direito de família previstas originariamente em ambos os códigos eram conservadoras e representativas do pensamento moral do século XIX.<sup>153</sup> O direito de família do CCB., previsto em 1899, tinha como origens o direito português, os costumes e a tradição brasileira e forte influência francesa e italiana.<sup>154</sup> A influência dos projetos alemães restringiu-se aos temas da filiação e da pretensão a alimentos.<sup>155</sup>

No direito das coisas, é necessário frisar que a Teoria da posse (Besitztheorie) de Savigny, aceita no direito anterior e por Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues, foi recusada por Bevilacqua com base na Teoria de Jhering.<sup>156</sup> O Art. 486 CCB. deveria prever esta recusa da Teoria subjetiva de Savigny e o Art. 485 CCB. introduzir no direito brasileiro positivo a teoria de Jhering.<sup>157</sup> Tais normas, porém, não foram totalmente compreendidas pela prática, não conseguindo o direito brasileiro superar totalmente as discussões sobre *animus possidendi* e o *corpus*.<sup>158</sup> Da mesma forma, identificamos nas regras sobre a *alieno nomine* uma forte influência alemã.<sup>159</sup>

O sistema de transferência da propriedade de bens móveis e de imóveis no Brasil é o do *titulus* e do *modus*. Neste sentido, exige o Art. 620ss. a tradição, enquanto o Art. 530ss. exige para a transferência dos direitos reais sobre bens imóveis, o competente registro da escritura de compra e venda.<sup>160</sup> Originais são as regras dos Artigos 647 e 648 CCB. com sua noção de "Propriedade Resolúvel", elaborada por Freitas (Art. 4.310-4.313 do Esboço).<sup>161</sup> Estas normas encontram-se relacionadas com o Art. 622 CCB., que permite uma "schwebende

unwirksame" tradição do *non domino*. Assim alcança o sistema do CCB. a importante separação (*Trennung*) entre o negócio obrigacional (*Verpflichtungsakt*), no caso o *titulus* ou a causa, e os efeitos do ato real de transmissão (*Verfügungsaktes*), no caso de móveis, a tradição. Esta separação visa a proteção do tráfico jurídico (*Rechtsverkehrs*), do mercado e dos terceiros, como o próprio princípio alemão da abstração (*Abstraktionsprinzip*), sem porém aceitá-lo expressamente e com todas as suas conseqüências. O CCB. de Bevilacqua e Freitas é um sistema causal.<sup>162</sup>

O CCB. opta por reconhecer ao contrato de compra e venda somente efeitos obrigacionais, originando-se do Art. 1122 CCB. *ipso iure* nenhum direito real, o que, se tivéssemos seguido o princípio francês do *solo consensus*, seria possível. Na maioria dos tipos contratuais reconhece o CCB. apenas pretensões obrigacionais ao credor,<sup>163</sup> seguindo o modelo romano da *obligatio*.<sup>164</sup>

Em Direito das Obrigações, Livro III da Parte Especial identifica a doutrina brasileira decisiva influência da ciência jurídica alemã do século XIX, do segundo projeto de BGB e da Lei suíça de 1881,<sup>165</sup> nos seguintes artigos e institutos: a força

156. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 108ss. Veja detalhes em Pontes de Miranda, Fontes, pg. 183f.

157. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 109.

158. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 184.

159. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 187.

160. Veja CCB. und Pontes de Miranda, Fontes, pg. 189.

161. Veja Pontes de Miranda, Fontes, pg. 191.

162. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 127f.

163. Veja detalhes em Pontes de Miranda, Fontes, pg. 272-335.

164. Veja Kaser, pg. 343.

165. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 250ss. e Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 129. Bevilacqua esclarece sua posição independente: "Tendo em consideração esses motivos de ordem logica, afastei-me do methodo seguido pelo codigo civil allemão e pelo

vinculativa da proposta do Art. 1.080 CCB. (comparável com o § 145 ss. BGB)<sup>166</sup>, a manifestação de vontade unilateral como fonte de obrigação no Art. 1079ss. CCB.<sup>167</sup>, o arras do Art. 1.094 (comparável com o § 336 BGB)<sup>168</sup>, a estipulação em favor de terceiro do Art. 1.098ss. CCB. (comparável com o § 328ss. BGB)<sup>169</sup>, a gestão de negócios sem mandato do Art. 1.332 CCB. (comparável com o § 678 BGB)<sup>170</sup>, a solidariedade e a pluralidade de credores dos Art. 899ss. CCB. (com soluções comparáveis a dos § 428ss. BGB)<sup>171</sup>, as regras sobre pagamento dos Art. 930ss. CCB. (com soluções comparáveis a dos § 362ss. BGB),<sup>172</sup> o princípio dos Art. 1056ss. CCB., segundo o qual da inexecução total ou parcial das obrigações resultam perdas e danos (comparável com o Art. 110 da lei suíça de 1881) e a cessão de crédito do Art. 1065 CCB. (comparável com a solução da lei suíça de 1881)<sup>173</sup> etc.

O Direito das Sucessões, Livro IV da Parte Especial do CCB., foi bastante criti-

cado: suas normas seriam simples em demasia e criariam na prática um regime das sucessões burocrático, caro e não suficientemente identificado com os ideais liberais.<sup>174</sup> O direito das sucessões do CCB. pode ser, efetivamente, considerado conservador e formal, típico conjunto de normas do século XIX.<sup>175</sup> Este livro do CCB., elaborado em 1899, recebeu influências do direito português, e especialmente do direito francês, havendo ainda uma pequena colaboração do direito italiano.<sup>176</sup> A influência alemã nestas regras do CCB. foi pequena, apenas os Artigos 1.675, 1.676, 1.677 e 1.679 CCB. teriam sido inspirados em normas do segundo Projeto de BGB, assim como indiretamente os Art. 1.707 und 1.735, 1.536 CCB. A influência do primeiro Projeto de BGB restringiu-se aos temas da cláusulas do testamento (Art. 1.675ss. CCB.), do legado do Art. 1.707 (comparável com o § 1.888 do *Entwurf I*), e do fideicomisso no Art. 1.735 (comparável com o § 1.832 do *Entwurf I*) e no Art. 1.736 (comparável com o § 1.814 do *Entwurf I*).<sup>177</sup>

*Projecto Coelho Rodrigues, que se occupam dos contratos na Parte Geral. É bom notar, entretanto, que o legislador allemão, coagido pela força das idéas, volta a considerar os contratos no livro consagrado às relações obrigacionais..."* (Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 128f.)

166. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 131.

167. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 141ss.

168. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 262.

169. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 263.

170. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 311. O autor esclarece que o Art. 1.322 CCB. inspirou-se no § 609 do II Vorentwurf de BGB, mas não incluiu a forma "und mußte der Geschäftsführer dies erkennen".

171. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 211.

172. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 215s.

173. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 248 und 250.

174. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 340.

175. Veja Pontes de Miranda, Fontes, pg. 342s.

176. Bevilacqua, Em Defeza do Projecto, pg. 150ss.

177. Pontes de Miranda, Fontes, pg. 342-345.

Neste sentido, podemos concluir que a influência material ou de conteúdo do BGB (e do segundo e aprovado Projeto) sobre o CCBBr. foi menor nas normas da Parte Especial, do que na Parte Geral. Isto talvez deva-se ao fato que a Parte Geral do BGB alemão ter sido construída com base na doutrina pandectista, momento alto da ciência jurídica alemã<sup>178</sup> e, portanto, sua aceitação no Brasil, sociedade com características diferentes, foi facilitada pelo seu caráter científico. Cabe, quanto a Parte Especial, repetir o que dissemos anteriormente, frisando a forte influência da doutrina e literatura alemã do século XIX, influência esta superior em muito à influência que pôde ser exercida pelos dois Projetos de BGB e do próprio BGB de 1896.

## Conclusão

Quanto às duas teses aqui analisadas, teses sobre a possível influência do BGB sobre o vigente Código Civil brasileiro, podemos concluir que ambos os Códigos, alemão e brasileiro, apesar da diferença de 20 anos da data de suas aprovações possuem características comuns e podem ser considerados como "produtos" ou criações típicas do século XIX. O momento histórico do liberalismo, o momento político semelhante de reafirmação da unidade nacional e o momento científico de desenvolvimento do Direito marcou ambos as codificações e determina sua proximidade até hoje. O Código Civil brasileiro sofreu múltiplas influências de direitos estrangeiros e, especialmente da Pandectística alemã, mas

manteve importante dose de originalidade criativa, graças ao genial Teixeira de Freitas, ao espírito crítico de Coelho Rodrigues e à sabedoria de Clóvis Bevilacqua. A influência germânica nos principais juristas brasileiros do século XIX foi grande, obra da Escola de Recife e de Tobias Barreto, e continua no século XX, com um novo germanismo.

A segunda tese examinada consta da doutrina alemã atual e na doutrina comparatista internacional, segundo a qual a influência alemã no Código Civil brasileiro estaria restrita ao sistema adotado, influência mais sistemática, do que de conteúdo. Em nossa análise podemos identificar que o sistema escolhido pelo legislador brasileiro para o CCBBr, com uma parte geral e uma parte especial, possui feições originais e não é simples imitação do sistema alemão. Grande foi a influência - sistemática e no mérito - da doutrina e literatura alemã do século XIX, sendo menor a influência dos dois projetos de BGB e do BGB mesmo nas normas adotadas no CCBBr.

A tese majoritária hoje na doutrina comparatista não fica aqui confirmada, uma vez que a influência alemã identificada nas normas do CCBBr. foi quase tão importante, quanto à influência na distribuição sistemática das matérias. As coincidências sistemáticas de ambos os Códigos podem ser melhor explicadas pela influência comum da doutrina pandectística dominante à época, do que por uma influência direta do BGB no Código Civil brasileiro.

178. Veja Kohler, pg. 1ss.

Esta influência doutrinária alemã continua viva em nossos tempos e tende a contribuir nos projetos de atualização do CCBBr., como o fez no Código de Defesa do Consumidor<sup>179</sup>, e no próprio Projeto Reale de 1975.<sup>180</sup> Quanto ao BGB alemão posso afirmar, ao participar destas festividades

para a comemoração de seu centenário, como já o fez Ripert sobre o *code civil*: "A medida que envelhecia, o Código adquiria o prestígio das grandes obras que resistiram ao passar dos anos."<sup>181</sup>

Dezembro de 1996.

179. Veja sobre a influência da Lei alemã sobre condições gerais dos negócios de 1976 (AGBG) sobre a parte contratual do Código de Defesa do Consumidor comentários de Nelson Nery Jr., in: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991, pg. 270ss. ou meu artigo "Das neue brasilianische Verbraucherschutzgesetz aus rechtsvergleichender Sicht - Rezeption und Anpassung neuer Rechtsideen", in: "La Permeabilité des Ordres Juridiques", Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess, Zurique, 1992, pgs. 111 ss.

180. Veja sobre a influência alemã na Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro de 1975, Moreira Alves, A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, pg. 3ss.

181. Ripert, Georges, El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno, trad. espanhola, Ed. Cajica Jr, Puebla (México), 1951, pg. 23.



# La Tutela del Cliente Bancario Desde la Ley de Defensa del Consumidor en el Derecho Argentino

*Eduardo A. Barbier*

Professor de Direito Civil e Comercial da Faculdade de  
Direito da Universidade de Buenos Aires, Argentina

## Sumário

1. *La necesidad tuitiva del cliente bancario y la Ley de Protección del Consumidor.*
2. *Elementos para una teoría restrictiva.*
3. *La hipótesis expansiva.*
4. *Consecuencias de la aplicación de la ley al cliente bancario.*
5. *Conclusión.*

## 1. La Necesidad Tuitiva del Cliente Bancario y la Ley de Protección del Consumidor:

**E**l cliente bancario general o usuario bancario como expresión de uno de los mercados de la actividad financiera, padece al igual que el consumidor general de un inferioridad relativa frente al cocontratante.

De igual modo, como sucede en las relaciones de consumo general, la predisposición, la estandarización y las condiciones generales aparecen complacientemente justificadas por la necesidad de dinamizar los negocios y facilitar el acceso general.

Luego en la especie bancaria la escasez de la disciplina contractual que aporta el ordenamiento de fondo y las leyes que regulan la actividad han favorecido la idea de un derecho especial, generando un am-

\* Trabajo presentado no curso organizado pelo Mestrado em direito da UFRGS, I Jornada sobre dano à pessoa e ao consumidor no direito Brasileiro e Argentino, 02 e 03 de junho de 1997.



plio espacio para las condiciones generales, la práctica y los usos bancarios.

La disciplina contractual bancaria está en mayor medida elaborada por la propia banca, favorecida además por la influencia que ejerce la idea de "recolección del ahorro" y la exigencia particular de protección de la empresa bancaria, bajo el perfil de "contención o reducción del riesgo".

De la conjunción de estas circunstancias puede coincidir -al igual que frente al consumidor general- en la necesidad de una intervención del legislador para tutelar adecuadamente al cliente bancario.

Dicho esto conviene recordar que rige hoy en la Argentina la Ley de Protección del Consumidor<sup>1</sup>, y aún no se ha concluido categóricamente que sus disposiciones puedan aplicarse libremente al cliente bancario.

En efecto, ardua tarea resulta expedirse sobre la compatibilización de las dos circunstancias descriptas: *necesidad de tutelar adecuadamente al cliente bancario y la existencia de una Ley de Protección del Consumidor*; a modo de introducción conviene desde ya anticipar que las posiciones relativas a tal posibilidad no son concluyentes ni tienden tampoco a excluirse; así quienes estarían en posición de cuestionar la aplicabilidad de la ley 24240 "al consumidor bancario" no podrían dejar de reconocer que ciertos aspectos de la actividad bancaria están alcanzados por la norma, en tanto quienes pretendiésemos refugiar al cliente bajo la protección de la ley no podríamos ignorar las dificultades que el tex-

to legal ofrece, obligándonos al mismo tiempo a propugnar su perfectibilidad.

## 2. Fundamentos para una Teoría Restrictiva:

El cliente bancario singular, aún considerando como tal a aquel merecedor de una tutela específica, no ha sido identificado plenamente con el consumidor, y ello como derivación lógica que a estos los define (además de su posición subjetiva) "el acto de consumo"; luego la relación desde el punto de vista objetivo en uno y otro ámbito son marcadamente distintos, aunque guardan cierta identidad cuando la prestación financiera no tiene una vinculación directa con el ejercicio del crédito, léase la prestación de servicios, en cuyo caso la compatibilización es posible accediendo a la caracterización de "usuario".

En efecto el acto o relación de consumo pensado para calificar al consumidor responde en lo sustancial a la adquisición de bienes y la obtención de servicios, de consumo o de uso.

Ciertamente el acto que verifica la relación entre banco y cliente si bien no diametralmente opuesto a la actividad con tutela legal específica, evidencia una diversidad que no es menor ya que la relación de consumo que tutela la ley de defensa del consumidor se refiere a los bienes de consumo o de uso, adquiridos por el destinatario final para su uso propio, el de su familia o de su grupo social (Cfe. Art. 2 Ley 24.240).

Dicho de otro modo al consumidor lo define una posición determinada por:

a) aspectos positivos; así se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social (cfe. Art. 1°),

b) aspectos negativos; en tanto se excluyen de tal carácter a quienes adquirieran, almanecen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización o prestación a terceros (Cfe. Art. 2°).

Con esos parámetros fijados por el legislador podría pensarse que el crédito y el dinero que constituyen el objeto de la intermediación, que a su vez califica la actividad bancaria, están excluidos de aquella enunciación de consumo, en tanto estos representan una promesa de pago diferido, implicando cambio de bienes actuales por bienes futuros, ocasionando una circulación de mercaderías o valores, o aun la permuta de la misma cosa en momentos diferentes, un intercambio diferido en el tiempo o aún, una inserción del tiempo en el cambio<sup>2</sup>.

Conforme tal temperamento se ha señalado v.g. que la Ley de Protección al Consumidor Brasileña (N° 8078) no se aplica a las operaciones de producción, ahorro e inversión, o sea, a la captación de recursos por las instituciones financieras, bajo cualquier forma, tampoco se aplica a las operaciones de préstamos y otras análogas realizadas por los bancos, pues el dinero y

el crédito no constituyen productos adquiridos o usados por el destinatario final, siendo, al contrario, instrumentos o medios de pago que circulan en la sociedad y en relación a los cuales no hay destinatario final<sup>3</sup>.

Siguiendo esta línea argumental se ha señalado que respecto de nuestra Ley 24.240 el punto liminar para determinar su aplicación a la actividad bancaria debe ser la consideración de la naturaleza jurídica del dinero, a la postre objeto del contrato de mutuo, piedra angular de la negociación bancaria, luego en ese entendimiento habiéndose negado el concepto de cosa al dinero para asignarle la identidad esencial de una unidad de cambio o de medida del ámbito patrimonial, resultaría que la ley sólo es aplicable a las entidades financieras en tanto y en cuanto éstas desarrollan actividades de servicios, quedando excluido de esta operatoria el negocio tradicional del mutuo<sup>4</sup>.

Tal distinción daría fundamento para bloquear la posibilidad de extender en buena medida al cliente bancario el estatuto del consumidor, quedando de tal modo expuesto a los sinsabores de una relación desigual y de consecuencias igualmente disvaliosas.

Ciertamente el criterio restrictivo parece encontrar entre nosotros fundamento suficiente en la Ley 24.240 que extiende sus efectos a los supuestos de financiación concedida por los proveedores no financieros de bienes y servicios, y tal vez sin

1. Ley 24240, Sanc 22.09.93; Promulgación Parcial 13.10.93.B.O 15.10.93

2. Wald, A. El Derecho del Consumidor y sus Repercusiones en Relación con las Instituciones Financieras-Pag.574

3. Wald, A. El Derecho del Consumidor y su Repercusiones en Reacción con las Instituciones Financieras -Pag.574

4. Benlbas, A. y Coll, O - Sistema Bancario Moderno, Depalma Ed 1994, Tº II, Pag.528.

proponérselo excluye de su ámbito al crédito bancario o al de otros intermediarios financieros institucionales ya que el segundo párrafo del artículo 36 establece que el BCRA adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley, remisión que aporta confusión bastante ya que bien podría pensarse que el legislador no ha tenido a los bancos como partícipes de una actividad comprendida en la norma<sup>5</sup> o teniéndolos por tales delego su tratamiento a la autoridad financiera, pero además siempre pensando sólo en una especie del crédito - el destinado a la adquisición de bienes y servicios.

De tal forma siempre parece notoria la exclusión del crédito bancario cuando no está destinado a la adquisición de cosas o servicios, no obstante tal enunciación encierra como dato de mayor interés que el "crédito" como operación económica no está excluida del acto de consumo.

En efecto el párrafo 1º del Art. 36 de la ley citada establece bajo el confuso título "**de las operaciones de venta de crédito**" los requisitos exigidos cuando se trate de operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios; de donde las operaciones de crédito extrañas a tales fines o, no enunciadas suficientemente, esto es en aquellos donde no se señala cual será el destino del préstamo, permanecen al margen de la previsión legal.

Se verificaría siguiendo esta interpretación que las operaciones de "crédito ban-

cario" al consumo permanecen fuera de la órbita diseñada para tutelar al consumidor genérico, por una doble vía: a) por la diversidad que evidencia el objeto de la relación de consumo en el mercado de la comercialización de cosas y servicios respecto del objeto de la relación de consumo en el ámbito financiero; b) de igual modo, cuando el legislador recomienda al BCRA extender las exigencias de la ley al mercado financiero cuando este otorgue crédito para el consumo, dando a entender que sin tal intervención los clientes no están alcanzados por los efectos de la Ley de Protección del Consumidor.

Por lo demás no falta la posición de quien puntualiza que la ley se refiere a una sola (la bancaria) de las tres formas de operar las operaciones de venta a crédito: la ofrecida por el vendedor, los sistemas de ahorro para fines determinados y los créditos individuales o familiares otorgados por las instituciones bancarias; circunstancia que además parece ignorar que la institución bancaria al otorgar un crédito para fines de consumo, no está vinculado con las adquisiciones de bienes ni con las prestaciones de servicios que contrató el solicitante<sup>6</sup>.

Tal observación reafirma que la extensión de la ley de protección al consumidor al mercado bancario podría desde cierto sector juzgárselo inalcanzable, porque los bancos son en principio extraños a la relación de consumo.

La pretensión expansiva del estatuto del consumidor para tutelar las relacio-

nes del usuario bancario encontraría aún dificultades si quisiera ser superada la restricción apelando al debate legislativo y a la sanción definitiva de la ley 24.240 que modifica el título de las "operaciones de venta a crédito" por un nuevo e inverosímil encabezamiento de "operaciones de venta a crédito", aunque la intención haya sido alcanzar las operaciones de préstamo según ilustra el debate parlamentario<sup>7</sup>.

Ahora bien, si por vía de hipótesis se admitiese que la Entidad Fiscalizadora de la actividad bancaria adoptase la recomendación del Art. 36 de la Ley 24.240, de igual modo encontraríamos otras dificultades ya que los efectos tutelares se extenderían sólo a una manifestación bancaria: el crédito para el consumo (*el art. 36 no fue reglamentado por el DEC. 1798/94*); luego con algún esfuerzo podríamos afirmar que otras manifestaciones de la actividad bancaria como lo son las prestaciones de servicios no vinculadas al crédito podrían quedar alcanzados por la ley del consumidor de acuerdo a la formulación genérica del citado Art. 1º.

Con todo, los márgenes de las exclusiones no son menores sino piénsese v.g. en los créditos hipotecarios para la adquisición de inmuebles usados, en las operaciones de depósito, en las transferencias electrónicas de fondos cuando contienen alguna forma de crédito extraña a una operación de consumo, entre otros muchos.

Luego con la exclusión se desaprovecha la posibilidad de extender al mercado bancario del cliente general las ventajas que confiere una normativa tutelar.

Con lo dicho puede delinearse el siguiente cuadro actual de situación: existencia de una ley general de protección del consumidor, posibilidad insuficiente de extender los beneficios de la tutela a un área restringida de las prestaciones bancarias, y la aparente convicción de suficiencia de la tutela general.

Sintetizando hay al menos dos aspectos que parecen dar razón a quienes podrían alentar la exclusión del cliente bancario de la tutela prevista en la Ley 24.240: uno sustancial - relativo al objeto de las operaciones de crédito - y otro formal - el modo y los alcances con que se ha incorporado la tutela del crédito al consumo.

### 3. La Hipótesis Expansiva:

La Ley de Protección al Consumidor atiende en alguna medida la necesidad apuntada de implementar una red de contención frente a los comportamientos avasallantes de los empresarios ya que disciplinó, junto a la relación de consumo - comprensiva de los servicios-, la relación del crédito al consumo.

En efecto quienes presten "servicios" de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos (Cfe. Art. 19).

En las "operaciones de crédito" para la adquisición de cosas o servicios deberán consignarse bajo pena de nulidad las modalidades de ejecución (Cfe. Art. 36).

5. Benelbaz, A. y Coll, O - Sistema Bancario Moderno, Depalma Ed 1994, Tº II, Pag.527.

6. Micele, M. La Ley de Protección al Consumidor - Revista La Ley 09.03.94.

7. Antecedentes Parlamentarios Revista La Ley Año 1994, Nº 1, Pag.98.

Siguiendo tales enunciaciones legales la contratación bancaria que gira sustancialmente en torno a la intermediación entre la oferta y la demanda de dinero, en el ejercicio del crédito y en la prestación de servicios, parece en líneas generales disciplinada por la ley de protección al consumidor; tal apreciación se confirma atendiendo a los elementos **subjetivo y objetivo** de la relación de consumo.

Atendiendo al concepto de "proveedor" si bien la ley 24.240 no hace mención expresa a las entidades bancarias (salvo en lo referente a los créditos para consumo), ha de considerarse que estas se encuentran alcanzadas, ya que se trata de aquellas personas jurídicas a que se refiere el Art. 2º que "en forma profesional prestan servicios a consumidores o usuarios", no tratándose de los servicios expresamente excluidos<sup>8</sup>.

El otro término de la relación - "el consumidor" - aparece caracterizado en el Art. 1º al decir que es necesario que el negocio quede concluido por personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su beneficio, ò el de su grupo familiar o social, la adquisición o locación de cosas de muebles, la prestación de servicios, la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminada.

A propósito se ha señalado que el legislador impropriamente pareciera limitar el concepto de consumidor al ámbito contractual, cuando el derecho al consumo, aunque en buena parte concomitante al derecho contractual, no se limita únicamente a este<sup>9</sup> como lo demuestra el supuesto señalado por la doctrina<sup>10</sup> al destacar la distinción entre el usuario eventual del bien de consumo (v.g. los miembros de la familia del comprador) y el consumidor contractual.

En ese orden se desestimó la falta de legitimación opuesta por un banco frente a una usuaria de una caja de seguridad (víctima de un robo) que simplemente tenía una autorización para que en nombre de la titular pueda acceder a la caja locada; entendiendo el Tribunal que con la citada autorización -aceptada por el banco en un formulario predispuesto por la entidad y completado en el momento de otorgarse la autorización - la interesada era "usuaria" de la caja violada y en consecuencia habilitada para reclamar su resarcimiento<sup>11</sup>.

Esta observación nos anima aún más a establecer una marcada identidad entre el concepto amplio del cliente bancario que proponemos, no ceñido rigurosamente a la caracterización a partir de una relación contractual, y el concepto genérico de consumidor que se espera de un régimen tutelar.

Fuera de ello para la ley no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, utilicen o consuman bienes para integrarlos a procesos de transformación, comercialización o prestación a terceros (Cfe. Art. 2º, 2do. Párrafo).

Así partiendo de las distinciones clásicas en economía entre consumo y ahorro e inversión, y entre consumo y producción, pareciera que la ley no se aplica ni al ahorro, ni a las operaciones que integran el ciclo de producción.

Enseguida podría agregarse que el dinero -como objeto mediato de la contratación bancaria- y el crédito -como promesa de pago diferido que lo contiene- no constituyen adquisición del producto por el destinatario final, y por su propia naturaleza se integran al proceso de transformación que conduce al consumo, y no son en sí mismos consumo<sup>12</sup>.

Como respuesta contrastante podría oponerse que el Art. 36 ha extendido los efectos de la protección a "las relaciones de crédito en general" sin ceñirse estrictamente a la "relación de consumo" entendida con sentido restrictivo.

A su vez, podría replicarse que la extensión aludida es restrictiva y solo se aplica a "las operaciones de crédito para la adquisición de cosas o servicios", extremo que nos acerca a la objeción formal, a que antes hiciéramos referencia fundada en la intención fallida del legislador de extender la intervención a los "prestamos" y las restricciones implícitas que surgen del propio

Art. 36, cuando v.g se refiere "al precio de contado" - el que obviamente no aparece cuando el crédito no está especialmente referido a la adquisición de un bien o servicio determinado - y a la recomendación dada al BCRA para que disponga las medidas conducentes para la aplicación de la ley.

Sí, no obstante las objeciones, admitiéramos que la extensión alcanza a los créditos bancarios deberíamos intentar un ejercicio dialéctico para superar la limitación explícita que supone admitir la tutela solo cuando la operación financiera esté destinada a "la adquisición de cosas o servicios", y aún de lograrlo no alcanzaríamos otros supuestos del financiamiento bancario, ni en ningún caso la intervención podría extenderse a la otra expresión de la actividad: el ahorro, en cualquiera de sus manifestaciones.

Sin embargo entendemos posible justificar la extensión de la tutela a las operaciones bancarias atendiendo a "la causa" del negocio jurídico que pretende ejecutar el cliente con el bien adquirido a la entidad financiera; éste análisis, que no es extraño a la ley - desde que ella misma indaga sobre el destino del bien o servicio (Cfe. 2º párrafo del Art. 2º) - , permite señalar que las operaciones de crédito, donde el objeto mediato es el dinero, no suponen siempre y necesariamente su incorporación a un ciclo productivo cuyo resultado interesa o vaya a favorecer de modo directo, ó aún a perjudicar, al cliente tomador del crédito.

Es cierto que, como se afirma, el dinero por su naturaleza está destinado a

8. Vazquez Ferreyra, R. y Romero O. - Revista La Ley 14.06.96, Pág.1.

9. Bergel, S. y Paolantonio M. - Anotaciones sobre la Ley de Defensa del Consumidor. Pág.496, Revista El Derecho Tº 155.

10. Callaiz, Aulloy, J.- Droit de la Consommation, 3º ED - Dalloz, París, Pág.4. Cit. por Bergel Paolantonio en Anotaciones sobre la Ley de Defensa del Consumidor. Pág.496, Ed. Revista El Derecho 155.

11. Schmukler de Dozoretz, E. c/Banco Mercantil Argentino SA s/Daños y Perjuicios - C.Civil Sala 1º, 21.3.96 JA.

12. Wald, A. El Derecho del Consumidor y sus Repercusiones en Relación con las Instituciones Financieras - Pág.572.

incorporarse a sucesivos procesos productivos, pero no lo es menos que la ley parece excluir de la tutela solo aquellas operaciones concluidas por quien incorpora específicamente los bienes primarios para alcanzar un resultado; no creemos en cambio que tal exclusión proceda cuando el dinero se incorpora a la producción por obra de un tercero receptor del dinero, habiéndose agotado para el consumidor - cliente bancario - la disponibilidad con la entrega y la obtención de algún otro recurso que lo sustituya, sea un bien o un servicio; para este el acto de disposición del dinero es una acto de consumo y como tal está alcanzado por la ley de protección al consumidor.

Aún si el crédito fuese destinado al ahorro, respecto de la relación habida entre cliente y entidad financiera, constituye desde al perspectiva de aquel un consumo, dado que con su percepción ha consumido el crédito otorgado por el banco.

Si luego orientamos el análisis hacia los elementos objetivos de la relación de consumo podremos ratificar el criterio de inclusión del consumidor bancario bajo la órbita de la Ley 24.240. De acuerdo al Art. 1º de esa norma quedan sujetas a sus disposiciones la adquisición o locación de cosas muebles; la prestación de servicios; la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas determinadas.

Interesan sobre manera en el punto que nos ocupa los dos primeros supuestos enunciados.

Respecto de "la adquisición o locación de cosas muebles": realizando una interpretación extensiva, adecuada a la necesidad de ampliar la protección al consumidor, debe entenderse por "adquisición" - tal como surge desde una perspectiva económica - no sólo a la compraventa, sino también a la contratación de una obra, o a la celebración de un empréstito de consumo o mutuo<sup>13</sup>.

Una reflexión similar cabe efectuarse respecto del término "locación", el que no cabe circunscribirlo al concepto jurídico del Art. 1493 del Código Civil, sino que debe aplicarse a cualquier título por el cual el consumidor tenga el derecho de usar o gozar de una cosa, se tipifique o no el contrato de locación de cosas regulado por los Arts. 1493 y ss. del Código Civil. Así por ejemplo, y sin necesidad de entrar a discutir su naturaleza jurídica, debe considerarse incluido al contrato de leasing; en efecto la Ley de Defensa del Consumidor alcanza a tal contrato cuando recae sobre cosas muebles o sobre inmuebles destinados a vivienda, siempre que el tomador resulte el destinatario final de los bienes, asimismo el leasing financiero configura una de las modalidades comprendidas dentro de las operaciones de crédito, por lo que debe sujetarse a las reglas del Art. 36<sup>14</sup>.

13. Wald, A. El Derecho del Consumidor y sus Repercusiones en Relación con las Instituciones Financieras - Pag. 572.

14. Zentner, D. El Contrato de Leasing: Su encuadramiento en el Estatuto del Consumidor - Ponencia en Comisión de Contratos Modernos en VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, 1996.

Respecto de la "prestación de servicios" a diferencia de lo que ocurre con el concepto de "cosa", que se encuentra legalmente definido, lo que acota la labor interpretativa, no existe una noción legal de servicio o servicios. Por ello la expresión legal "prestación de servicios" permite ser interpretada ampliamente, lo que marca una situación más favorable a los intereses tutelados, en oposición a lo comentado en los párrafos anteriores.

Algunas definiciones de derecho comparado, pueden servir como guía para determinar el concepto de "servicio". El Código de Defensa del Consumidor de Brasil, Art. 3º expresa que "Servicio es cualquier actividad prestada en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y aseguradora, salvo las derivadas de las relaciones de carácter laboral". La propuesta de Directiva de la C.E.E. sobre Responsabilidad del Prestador de Servicios, define al servicio -Art.2º- como "cualquier prestación realizada a título profesional o de servicios público, de forma independiente, a título oneroso o no, que no tenga por objeto directo y exclusivo la producción de bienes o la transferencia de derechos reales o de propiedad intelectual<sup>15</sup>.

Así las objeciones señaladas respecto a la relación de crédito no se proyectan en absoluto sobre la prestación de los servicios bancarios ya que, sin que pueda afirmarse de modo concluyente que se extiende a todos los que ejecuta la banca en virtud

de una disposición explícita, la prevención del Art. 19 no los excluye.

Es cierto, también que la ley no manda a aplicar sus normas a los servicios bancarios, como si lo hacen otros ordenamientos del derecho extranjero, pero la ausencia de tal extensión taxativa no parece conmover la aplicabilidad indicada<sup>16</sup>.

Por ello se puede concluir que la Ley de Protección al Consumidor es aplicable a las relaciones habidas entre bancos y clientes singulares, entendiendo por tales a aquellos que reúnan las condiciones subjetivas enunciadas en el Art. 1º, en su vinculación con las entidades financieras.

La aplicación de la ley se extiende a las relaciones de los servicios bancarios y del crédito bancario para el consumo y del crédito bancario en general aunque respecto de esta última relación la ley no sea todo lo concluyente que se hubiese deseado.

En efecto la Ley con la incorporación del Art. 36 disipa las objeciones substanciales que pueden formularse sobre la inclusión de las "operaciones de crédito" entre las relaciones tuteladas, aunque es innecesariamente restrictiva respecto de las relaciones de crédito que protege ya que solo parece alcanzar aquellas destinadas a la adquisición de bienes de consumo y servicios.

Por ello - la exclusión implícita de otras relaciones de crédito exorbitantes de las destinadas a la adquisición de cosas o servicios -, la ausencia de previsión respecto de las operaciones de ahorro y la ausen-

15. Bergel y Paolantonio M. - Anotaciones sobre la Ley de Defensa del Consumidor. Pág. 500, Ed Revista El Derecho 155.

16. Vg. Art.13º Código de Defensa del Consumidor de Brasil

cia de una inclusión expresa de los servicios bancarios, aconsejan introducir una reforma a la ley para incorporar todas las manifestaciones de tutela del crédito o bien tratar bajo un capítulo único todas las relaciones derivadas de la utilización de productos y servicios bancarios; o en su defecto alentar la promulgación de un estatuto especial para "la tutela del cliente bancario".

#### 4. Consecuencias de la Aplicación de la Ley de Protección al Cliente Bancario:

La aplicación de la Ley de Protección al Consumidor al cliente bancario que reúna las condiciones subjetivas de aquel y en las condiciones objetivas caracterizadas como relaciones de consumo de crédito y servicios financieros son sin duda significativos y al mismo tiempo recíprocamente positivas para entidades y usuarios.

Por lo pronto tales beneficios podemos agruparlos en dos grandes categorías: la primera, de índole estructural o sustancial y la segunda, de índole instrumental, ambas dentro claro está, de la enunciación genérica del Art. 1º que define como objeto de la ley "la defensa de los consumidores o usuarios" y seguido por el principio del indubio pro consumidor del Art. 3º.

a) Dentro de la primera de las categorías enunciadas - la de "índole estructural" - se encuentran aquellas previsiones legales destinadas a definir el contenido y las formas de las prestaciones: los modos

exigidos para la información que se suministra o debe suministrarse, las condiciones de la oferta y sus consecuencias, las modalidades de prestación de servicios, los requisitos exigidos en las operaciones de crédito, la interpretación e ineficacia de las cláusulas contractuales abusivas y finalmente la extensión de la responsabilidad por daños.

En efecto, relativo a la etapa formativa de las relaciones jurídicas el Art.4º señala en lo pertinente que quienes produzcan, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

En cuanto a la publicidad, cuya innegable orientación inductiva, informativa y formativa de la voluntad contractual se encuentra ya fuera de discusión, se prevé que las precisiones allí formuladas, como de igual modo sucede con aquellas contenidos en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión, obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor (Cfe. Art.8º), por lo demás hubiese resultado adecuado incorporar a la presunción integradora a la documentación precontractual.

En este aspecto el Banco Central de la República Argentina ya se había adelantado en buena medida con la Circular de Creación y Expansión de las Entidades Financieras<sup>17</sup> luego derogada<sup>18</sup>.

17. Circular CREFI 1 BCRA (Com.A 46 del 20.06.81) en el Cap. IX Pto.1 - Uso de Terminología Financiera - Pto.2 Institucional - Pro.3 de la Tasa de Interés de las Operaciones Financieras (ADLA XLI -C Pag.3246 y 516.

18. Circular CREFI 2 BCRA - Comunicación A 2241 del 02.09.94.

Allí por ejemplo se señalaba que "queda prohibido a toda persona física o de existencia ideal no comprendida en el régimen de la Ley 21.526, utilizar como medio para lograr *-directa o indirectamente-* recursos monetarios del público, las palabras "depósito", "ahorro", "cuenta corriente", "cheque" y sus derivados para distinguir o designar esos fondos y/o los documentos empleados para efectuar libranzas sobre ellos, se consideran medios aptos para esa finalidad, toda clase de avisos y documentos destinados al público o a personas indeterminadas, o mediante corredores de puerta a puerta o circulares generales a personas determinadas".

La citada disposición agregaba que "en la publicidad -en particular en aquella que se realiza a través de los medios masivos de comunicación - deben mantenerse las características tradicionales de sobriedad y discreción que, en general, ha mantenido la propaganda de las entidades financieras. Por consiguiente, corresponde eliminar referencias inexactas, equivocadas o ambiguas que induzcan a duda o error al público, como también aquellas que puedan dar lugar a interpretaciones contradictorias con relación a las normas, políticas u orientaciones impartidas por el Banco Central".

Por último se advertía que "en toda publicidad, cualquiera fuere el medio de difusión que se utilice, destinada a promocionar la captación de fondos o a ofrecer líneas de crédito debe informarse la tasa anual efectiva, equivalente al cálculo de los intereses en forma vencida sobre saldos, en tanto por ciento; queda prohibido efectuar publicidad referente a la captación de fon-

dos, bajo cualquier modalidad operativa, ofreciendo el pago de intereses por adelantado".

Por lo demás una información adecuada contribuiría enormemente a disipar los riesgos tangibles de la adhesión a negocios cuyo objeto no aparece enunciado suficientemente, o aún siéndolo en origen, por efecto de las prerrogativas reseñadas por la banca concluyen desnaturalizándose; vaya como ejemplo la posibilidad de suprimir servicios que integran las llamadas "cuentas únicas de servicios múltiples" o la restricción a la amortización anticipada en los préstamos.

Ya introducidos en los términos del consentimiento el Art. 7º de la ley 24.240 señala que la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y finalización, así como también sus modalidades, condiciones y limitaciones.

Coherentemente se establece que la revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerlos conocer (2º párrafo Art. 7º).

Cuando el objeto de la prestación se refiere a servicios, el Art. 19 prevé que quien los preste -cualquiera sea su naturaleza- está obligado a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a los cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.

Si la prestación está referida a la dación de crédito para la adquisición de

cosas o servicios debe consignarse bajo pena de nulidad: el precio de contado, el saldo de deuda, el total de los intereses a pagar, la tasa de interés efectiva anual, la forma de amortización de los intereses, los gastos si los hubiere, cantidad de pagos a realizar y su periodicidad, gastos extras o adicionales si los hubiera y monto total financiado a pagar (Cfe. Art. 36).

Sobre la vaguedad del título que precede a esta disposición, cuanto a la restricción que supone la referencia al "consumo" y el "precio de contado" ya hemos señalado por un lado la necesidad de alentar una interpretación amplia que alcance a todas las operaciones de crédito incluyendo naturalmente al bancario, y por otro las ventajas que derivarían de una adecuación legislativa para eludir las disquisiciones doctrinarias restrictivas sobre los alcances reales de la tutela.

Luego la enunciación del Art. 36 no alcanza a los créditos con utilización reiterada (tipo revolving) como se verifica en las tarjetas de crédito, la apertura de crédito y la autorización para girar en descubierto en la cuenta corriente.

En punto a la determinación, difusión y conocimiento exacto del precio del bien o servicio también se ocupó puntualmente el BCRA<sup>19</sup> al establecer que en todas las operaciones, cualquiera sea su instrumentación en los contratos, recibos, notas de débito u otros documentos de relación con los clientes, donde se explicitan tasas o importes de intereses, se haga expresa mención de la tasa de interés, o de

descuento anual contractualmente aplicada y de la tasa de interés efectiva mensual o anual-según corresponda a operaciones en pesos o moneda extranjera, respectivamente- equivalente al cálculo de los intereses en forma vencida sobre saldos, se dejará constancia del "Costo Financiero Total" para lo cual se considerará al efecto los distintos cargos asociados a la operación, cualquiera sea su concepto según lo previsto en el párrafo siguiente.

El párrafo en cuestión señala que en toda publicidad impresa, con prescindencia del medio de difusión que se utilice, relativa a operaciones de crédito, cualquiera sea su instrumentación, deberá incluirse información sobre la mayor y la menor de las tasas de interés que se ofrezcan a los clientes y la tasa activa promedio ponderada por operaciones concertadas en el mes anterior al que corresponda. Asimismo, deberá observarse, con carácter obligatorio, la exhibición de tal información en las pizarras colocadas en locales de atención al público. Cuando se trata de operaciones en pesos y en títulos valores públicos nacionales emitidos en esa moneda, se comunicaran las tasas nominal anual y efectiva mensual equivalente, esta última al cálculo de los intereses en forma vencida sobre saldos, en tanto por ciento. En el caso de operaciones en moneda extranjera, y en títulos valores públicos nacionales nominados en esa especie se informarán las tasas nominal y efectiva anual, equivalente, esta última, al cálculo de los intereses en forma vencida sobre saldos, en tanto por ciento. Cuando por cualquier medio - incluyendo radial o

televisivo- se publicite el ofrecimiento de créditos en operatorias específicas (por ej. créditos hipotecarios para vivienda) deberá informarse las tasas nominal y efectiva anual en operaciones en pesos como en moneda extranjera<sup>20</sup>.

En estos casos, la tasa efectiva deberá reflejar el "Costo Financiero Total" de las operaciones considerando el efecto de los distintos cargos asociados a la operación - además de la tasa de interés- cualquiera sea el concepto (por ej.; comisiones por la prestación de servicios, reintegro de gastos admitido, gastos de escrituración e inscripción de gravámenes, comisión por intermediación inmobiliaria en el importe que exceda el normal de plaza, integración de acciones en el caso de entidades de naturaleza cooperativa, etc.), constituyéndose tal enunciación en un elemento de intereses relevante en la toma de créditos, en especial en aquellos de largo plazo v.g. los hipotecarios, desde que allí la rescisión no aparece como un recurso eficaz para evadirse de la carga exesiva, como de hecho podría acaecer en los servicios de tarjeta de crédito.

Finalmente la influencia positiva de la ley de tutela en la estructura negocial se verifica en el capítulo IX cuando se ocupa de "los términos abusivos y las cláusulas ineficaces".

Relativo a la interpretación se señala que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes:

- Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad

por daños; (v.g. limitación en el resarcimiento en el supuesto de robo en la caja de seguridad)

- Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; (v.g. imposibilidad de observar resúmenes, irrevocabilidad de mandato)

- Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (v.g. aquellos donde se consigna que el origen del daño se presume que proviene del caso fortuito o fuerza mayor)

- La interpretación del contrato se hará en el sentido mas favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el Juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario (Art. 37). En el punto "la información debida" cabe entenderla en el sentido más vasto v.g. sobre el contenido contractual, sobre el estado financiero de la entidad, sobre las condiciones de la plaza financiera, y aún sobre las vicisitudes de la ejecución del negocio.

19. Comunicación A 2147 BCRA del 12.10.93.

20. Comunicación A 2147 BCRA del 12.10.93.



El último aspecto sustancial que preveía la Ley de Protección del Consumidor era el referido a la responsabilidad por daños, con una minuciosa y extensa enunciación de legitimados pasivos respecto de los cuales se preveía una responsabilidad solidaria, sin embargo tal enunciación fue excluida por imperio del veto del Poder Ejecutivo.

Antes de ello el Art. 40 preveía que: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio".

Sólo por citar un ejemplo piénsese en la ventaja que se proyectaría para los usuarios respecto de los emisores de sistemas de tarjetas de crédito o cajeros automáticos frente a supuestos de incumplimiento en la prestación, obviando las pesquisas relativas a identificar al causante del daño en un circuito administrativo que al cliente le es por completo extraño e inescrutable.

a) La protección también se vuelve tangible para el usuario bancario en el segundo de los aspectos que enunciáramos - el instrumental -: v.g. en la necesidad de someter a contralor administrativo los contratos tipos; la determinación de un procedimiento administrativo específico para supuesto de presuntas infracciones a las disposiciones de la ley; la aplicación del proceso más abreviado que rija en la

jurisdicción del Tribunal ordinario competente: los efectos expansivos de la cosa juzgada; y la aplicación de los legitimados para accionar.

El Art. 38 prevé que: "La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido".

Por su parte el Art. 45 señala que en lo sustancial la autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores.

A su tiempo el Art. 47 prevé las sanciones a los supuestos en que se verifique la existencia de infracciones a la ley tales como: apercibimiento, multas, pérdida de beneficios, clausuras.

Estas previsiones sin embargo en la materia que nos ocupa -la actividad bancaria- enfrenta un obstáculo severo, en tanto y en cuanto la autoridad de aplicación de la ley es según los términos del Art. 41 la Secretaría de Industria y Comercio para la aplicación de la ley en el ámbito nacional,

quien resulta a todas luces incompetente para intervenir en la actividad financiera.

Admitir su intervención supondría una invasión de la competencia propia del BCRA.

El vacío apuntado estaba sin duda en la conciencia del legislador quien en el Art. 36 previó que el BCRA adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones de crédito para consumo, con lo indicado en esta ley.

La referencia a una de las manifestaciones de la actividad bancaria -el crédito para el consumo- no fue feliz, ya que podría dar pábulo para sostener la inaplicabilidad de la ley a otras alternativas negociales bancarias, como ya se apuntara.

Lo relativo a la aplicación del proceso judicial más abreviado -el mecanismo- (Cfe. Art. 53 de la ley del consumidor) cuanto a los legitimados activos para accionar (Cfe. Art. 52 párrafo) y los efectos de la sentencia, (Cfe. Art. 54), no están en modo alguno ensombrecidos por la incompetencia o la ausencia normativa de una autoridad de aplicación para la actividad financiera, desde que se trata de soluciones extrañas al procedimiento administrativo.

En efecto el Art. 53 prevé que se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, en obvia alusión al juicio sumarísimo.

Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato

mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

En cuanto a la amplitud de los legitimados procesales activos el Art. 52 señala que sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualquiera de las partes.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público.

La sentencia dictada en un proceso no promovido por el consumidor o usuario, solo tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el segundo párrafo del Art. 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general.

Cuando la sentencia acogiere la pretensión, la apelación será concedida al sólo efecto devolutivo.

En este punto conviene recordar que el Art. 54 admitía la posibilidad de que un proceso promovido en interés general derivara en una sentencia con efectos para otros posibles demandados, extremo que fue ve-



tado considerando que ello afectaría la defensa en juicio y la igualdad ante la ley, y pretendiendo evitar una proliferación indebida de causas judiciales; fundamentos juzgados luego críticamente porque el efecto sería justamente el contrario, como lo ha puesto de relieve la doctrina nacional y extranjera.

Si un proceso se refiere a una cuestión que es exactamente igual a la que afecta a un grupo de personas, no tiene mucho sentido obligar a todas a entablar el mismo proceso, sabiendo que se lo va a resolver del mismo modo <sup>21</sup>.

Como sea, y aún señalando críticamente el menoscabo severo que ha sufrido la Ley 24.240, los beneficios de extender la aplicación de la ley de tutela del consumidor a las relaciones habidas entre entidades financieras y público usuario que reúna las condiciones subjetivas del primer párrafo del Art. 1º, son notorias, como de igual modo lo son las dificultades de aplicar algunas de sus previsiones a ciertas operaciones de la actividad y de igual forma aplicar determinadas soluciones a las cuestiones conflictivas que se susciten; ambos factores imponen mejorar la ley de protección para alcanzar de modo pleno al cliente bancario o bien debe alentarse un estatuto tuitivo específico.

## 5. Conclusión:

Tal como se intentará evidenciar en los párrafos precedentes el estatuto que tutela genéricamente al consumidor, si bien aplicable según nuestro criterio al cliente

bancario, ofrece flancos débiles que permiten formular reparos sobre su eficacia, su extensión y su operatividad respecto de las mas trascendentes relaciones negociales que cobran vida dentro del ámbito de la actividad, en particular respecto del ahorro y crédito sin determinación del destino.

De modo tal que aún adscribiendo a la iniciativa enunciada de aplicar el beneficio de la tutela al cliente bancario, en la práctica tropezaremos con severas dificultades: la exclusión de algunas operaciones, el vacío legal respecto de las prerrogativas de la administración, la inaplicabilidad de buena cantidad de reglas, y en fin el desconcierto por la posibilidad de normas superpuestas, con grave riesgo que en la confusión queden aspectos relevantes ignorados, cuando no el conflicto entre las distintas disposiciones normativas.

Es que la importancia económica y social de la actividad bancaria, como su dinámica contienen presupuestos de mayor complejidad que no siempre pueden estar alcanzados por los principios generales, sean los de la contratación o aún de los estatutos generales de protección al usuario.

Sólo por citar algunos supuestos de especificidad que requieren una especial atención podemos recordar los referentes a la terminología financiera, a la publicidad, a las tasas de interés, entre otros supuestos, respecto de algunos de los cuales se ocupó a su tiempo el BCRA como tuvimos oportunidad de señalar.

De allí que en el derecho comparado se ha avanzado significativamente en la ela-

boración del estatuto del cliente bancario o, para decirlo con más propiedad, del consumidor de crédito.

En el intento, el crédito al consumo se define v.g. como la concesión, en el ejercicio de una actividad comercial o profesional, de crédito bajo la forma de diferimiento de pago, de financiación o de otra análoga facilidad financiera a favor de una persona física que la toma para objetos extraños a su actividad empresarial o profesional ejercida eventualmente <sup>22</sup>.

Es cierto que la formula evidencia una notable amplitud, ya que extiende la tutela a supuestos donde el crédito al consumo es suministrado por bancos u otros intermediarios financieros y aún por los sujetos autorizados a la venta de bienes y servicios.

Frente a ese cuadro no está de mas señalar que el estatuto del consumidor bancario se ha mostrado suficientemente idóneo para neutralizar los riesgos de la generalización que se desprende de la ley del consumidor.

Sólo para citar un beneficio concreto los estatutos de protección del consumidor de crédito establecen la obligatoriedad de informar la "tasa anual efectiva global" comprensiva de los intereses, y de todos los costos que deben soportarse para utilizar el crédito para dar certeza al consumidor sobre el precio de la financiación y poder

comparar las distintas ofertas de créditos al consumo.

Tal enunciación descripta como la disciplina de la "tasa global" confiere a las operaciones de crédito al consumo una transparencia mayor respecto de aquellas otras operaciones no financieras y bancarias, para las cuales la indicación del costo global no siempre es objeto de publicidad ni de necesaria especificación en el reglamento contractual <sup>23</sup>.

Otro ejemplo de prevención relevante nos lo ofrece las prerrogativas concedidas al prestatario dado el incumplimiento del proveedor del bien o servicio.

Una adecuada prevención legal relativa a la tutela del cliente en las relaciones bancarias permitiría incluir disposiciones relativas a la forma de los contratos, su contenido, la transparencia, la paridad de tratamiento, los márgenes de garantía, entre otros.

Por el contrario la falta de una tutela específica del cliente bancario provoca la exclusión de los segmentos de consumo económicamente más significativos.

Luego la incorporación de reglas comunes para el ejercicio de la actividad bancaria frente a la clientela proyecta reglas de juego idénticas para todos los agentes financieros, incrementa la competencia y facilita el control de la actividad.

21. Benébaz, H. y Coll, O.- Sistema Bancario Moderno, Depalma ED 1994, Tº II, Pág.528, 536.

22. Texto Uniforme Bancario Italiano, Art. 121.

23. Pedretti, Il Crédito al Consumo Nella Nuova Legge Bancaria, en Disciplina del Commercio Nº 2, 1994, Pág.323.

# Acesso à Justiça\*

*Eduardo K. M. Carrion*

Professor Titular de Direito Constitucional da UFRGS,  
Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS

## I - Introdução

**E**m 1988, o IBGE incluiu pela primeira vez em sua Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) elementos referentes à Justiça, mais especificadamente sobre os conflitos em que as pessoas estiveram envolvidas e a eventual solução jurídica de tais conflitos, seus resultados tendo sido publicados em 1990.

Levando em conta apenas o último conflito em que as pessoas estiveram envolvidas, 45% dos entrevistados entraram com ação judicial e 55% não fizeram apelo ao Judiciário. Quando examinamos os motivos de não ter havido apelo ao Judiciário, os dados são ainda mais surpreendentes: resolveu por conta própria; não quis se envolver com a Justiça; Justiça não resolve e não sabiam utilizar a Justiça são os motivos que correspondem a 60, 40% dos casos.

Essa aparente desafeição em relação à Justiça não decorre, como sabemos, de uma prática de soluções informais dos

conflitos, nossa tradição de um Direito monopolizado pelo Estado dificultando aliás tais soluções. Ao contrário da tradição japonesa onde a conciliação - "jidan", numa fase extrajudicial, "wakai" e "chotei", por exemplo, na fase judicial, mecanismos esses em grande parte tributários da ética confuciana - exerce um papel fundamental.

Grande parte desta situação decorre de uma crise do Judiciário no que se refere à prestação jurisdicional. A este propósito, cabe lembrar recente levantamento do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, apontando para uma média de 1 juiz comum de primeiro grau para cada grupo de 26.433 habitantes, quando na Alemanha, por exemplo, esta média é de 1 para 3.000.

Mas não há também como ignorar uma crise do Direito como modo de regulação das relações sociais.

O modo jurídico de regulação social, esta grande sistematização dos romanos,

\* Roteiro da exposição feita em 14/11/1997 durante o painel Acesso à Justiça do Seminário Nacional O Direito no III Milênio (Novos Direitos e Direitos Emergentes) promovido pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) em Canoas, Rio Grande do Sul.

revela-se altamente civilizador. Independentemente de aspectos de classe que eventualmente possamos identificar na ordem jurídica oficial - o que aliás precisa ser nuancado na medida em que a legalidade posta expressa também, nem que subsidaria, mas concretamente, o interesse dos deserdados -, o modo jurídico de regulação social inspira-se, fundamenta-se de qualquer maneira em valores, como justiça, liberdade, igualdade, e tantos outros que revelam uma dimensão libertária. É um real contraponto, uma efetiva alternativa, por exemplo, ao modo teológico de regulação social ou ao modo psiquiátrico de regulação social cujas conseqüências históricas não nos são desconhecidas. Hoje, a ameaça mais imediata ao modo jurídico de regulação social parece ser o modo "midiático" de regulação social: os meios de comunicação antecipando-se ou mesmo substituindo-se aos tribunais, quando não os tribunais fascinando-se pelos meios de comunicação.

Crise do Direito também na medida em que nem sempre dá suficientemente conta das novas realidades surgidas com a evolução da sociedade. Nesta perspectiva, crise igualmente do ensino do Direito. O modelo clássico dos estudos de direito adequava-se antes de tudo a uma sociedade fundada na supremacia de normas genéricas e abstratas, em que o direito, confundido com as regras dos códigos, possuía um papel destacado na organização e na representação social. Neste contexto, o ensino dispensado pelas Faculdades de Direito, intérpretes dos códigos, correspondia significativamente à prática social. Entretanto, estas condições alteraram-se com o tempo, denunciando um cada vez maior

descompasso entre as regras dos códigos e a realidade social, sobretudo em sociedades marcadas por profundas desigualdades, como a nossa, o modo jurídico de regulação social encontrando-se em conseqüência afetado. Não só, para indicar apenas alguns elementos desta crise, a intervenção progressiva do Estado nos domínios econômico, social e cultural, entre outros, no âmbito de um Estado do Bem-Estar Social, enfraquecendo inclusive o tradicional princípio de legalidade da sociedade liberal, mas principalmente as dificuldades crescentes de o direito resolver a contento conflitos que não são necessariamente ou exclusivamente inter-individuais, mas cada vez mais intergrupais. Lembre-se, contudo, a este propósito que a Constituição de 1988 reconheceu e ampliou o papel dos denominados "novos sujeitos sociais".

Mas mais ainda: hoje, o modo jurídico de regulação social está também ameaçado pela emergência de ordens jurídicas paralelas, aquelas das sociologicamente denominadas "sociedades dos malfeitores", estruturalmente perversas.

Some-se a isto o impacto da política neoliberal no mundo jurídico com suas propostas de desregulamentação e de flexibilização, quando não mesmo de privatização da justiça.

Resgatar em sua plenitude o modo jurídico de regulação social, adaptar o Direito às exigências da evolução da sociedade, aparelhar e dinamizar o Judiciário parecem ser assim condições indispensáveis na perspectiva de uma sociedade moderna e de uma cidadania efetiva.

## II. Direito ao Direito

Cabe assim afirmar como direito básico o **direito ao direito**, o direito ao modo jurídico de regulação social, em outros termos o direito a um modo civilizador de solução dos conflitos. A discussão em torno do acesso à justiça insere-se nesse contexto.

Não tomarei aqui a expressão acesso à justiça ou garantia de acesso à justiça em um sentido estrito ou mínimo tal como empregada, por exemplo, por Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci em Constituição de 1988 e Processo, dizendo fundamentalmente respeito à acessibilidade econômica e à acessibilidade técnica à justiça. Nem em um sentido amplo ou máximo, tal como utilizada por Mireille Delmas-Marty na Introdução de Liberdades e Direitos Fundamentais, envolvendo a separação dos poderes, a independência do Judiciário e as garantias da magistratura, o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial, o direito à assistência judiciária, o direito à segurança pessoal e o "habeas-corpus", e, como definido pelo artigo 3º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o direito a um recurso útil. Modos de uso esses que poderiam ser objeto de importantes reflexões, reflexões essas em grande parte no plano do Direito Constitucional Processual, ou seja, normas de direito processual que se encontram na Constituição. Tomarei a expressão num sentido genérico, livre, na perspectiva de um direito ao direito, como se viu acima.

A este propósito, gostaria de fazer duas referências.

## III. "O Diploma" de Luigi Pirandello

A primeira referência é a uma obra de Pirandello, autor italiano, prêmio Nobel de literatura de 1934. Trata-se de *O diploma*.

Chiárchiaro, um dos personagens, acusa o filho do alcaide do crime de difamação por este tê-lo acoimado de bruxo. Surpreendentemente, o querelante apresenta-se perante o juiz com indumentária de feiticeiro, pretendendo que esse acreditasse em seus poderes de bruxo. Ao juiz pareceu pura contradição. Ao advogado do acusado, Chiárchiaro oferece todas as provas possíveis. O juiz finalmente pergunta-lhe por que deu tais provas ao advogado do acusado. Chiárchiaro argumenta que assim o fez para tornar mais certa a absolvição do acusado. "Quero ser oficialmente reconhecido como bruxo. Este é meu único capital. Para tanto, preciso de que o acusado seja absolvido", responde-lhe. Chiárchiaro continua argumentando que, assim como ele, o juiz, obteve seu diploma para exercer sua profissão, ele, Chiárchiaro queria também seu diploma, seu diploma de bruxo, com muitos selos legais, bruxo diplomado pelo tribunal, podendo utilizar o título em seus cartões de visita.

Temos nesta obra de Pirandello um claro exemplo da utilização da justiça para fins impróprios, de uma forma de instrumentalizar a justiça para a obtenção de fins alheios a esta.

Diz respeito de qualquer forma ao acesso à justiça.

#### IV. O Mandado de Injunção

A segunda referência é ao mandado de injunção, ou mais precisamente à prática do mandado de injunção.

Não se trata de examinar o instituto, recepcionado pela Constituição de 1988, mas de apenas tecer um comentário.

Enquanto que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que diz respeito a “omissão de medida para tornar efetiva (qualquer) norma constitucional (CF, art. 103, § 2º)”, tem por objetivo principal a defesa da ordem constitucional, o mandado de injunção, que diz respeito a “falta de norma regulamentadora (que) torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, artigo 5º, LXXI)”, é instrumento de defesa de um legítimo direito individual ou coletivo de fundamento constitucional. Por isto mesmo, tratando-se de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a legitimidade ativa é restrita, reservada a determinadas pessoas físicas ou jurídicas em decorrência de seu papel institucional; tratando-se de mandado de injunção, é ampla, autorizada a qualquer pessoa física ou jurídica que tenha um legítimo direito individual ou coletivo de fundamento constitucional a defender.

Natural que decorra da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, atendida sua natureza, basicamente efeito declaratório e efeito mandamental. O mesmo não poderia dar-se com relação ao mandado de injunção, devendo decorrer, respeitada sua distinta natureza, além do efeito declaratório e do efeito mandamental,

o atendimento, ao menos parcial, do direito reclamado, mas inviabilizado pela falta da norma regulamentadora, nem que seja legislando supletiva e provisoriamente para o caso concreto. Sob pena de transformar-se o mandado de injunção numa ação direta de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, cuja uma das diferenças principais seria apenas o alargamento da legitimidade ativa. Entretanto, tal interpretação agride a sistemática constitucional que exatamente prevê mecanismos distintos para situações e soluções diversas.

Os Tribunais têm em geral sido avessos, em sede de mandado de injunção, ao atendimento, ao menos parcial, do direito reclamado, mas inviabilizado pela falta da norma regulamentadora. Algumas decisões do STF, ainda em 1991 e 1992, avançavam numa perspectiva inovadora; entretanto, mais recentemente, em 1994, a exegese feita ao artigo 37, VII, da Constituição de 1988 representou uma nítida inflexão neste sentido.

Veja-se que, ao falarmos em mandado de injunção, referimo-nos a direitos e garantias constitucionais.

Aqui, também, diz respeito de qualquer forma ao acesso à justiça.

Quero sugerir com estas duas referências, a primeira à obra de Pirandello “O Diploma”, a segunda ao mandado de injunção, que a temática do acesso à justiça é não apenas complexa, como também problemática.

Restaria ainda, em forma de conclusão, uma última observação.

#### V. Conclusão

Tratando-se de acesso à justiça em matéria de direitos e garantias constitucionais, em matéria de direitos humanos portanto, cabe enfatizar a importância de uma jurisdição no plano internacional. Aliás, no nosso caso, o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 (“Os direitos e garantias ex-

pressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”) já reconhece “status” constitucional ao tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

# Tendências e Problemas Contemporâneos dos Direitos Fundamentais

*F. A. Gernot Lippert*

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

**A**s peculiaridades ontológicas do ser humano conferem-lhe a capacidade de organizar sua vida.

Desta capacidade decorre a “*dignitas humana*”, que constitui no mundo moderno o conceito fundamental da relação do Homem com o Estado, impondo ao último limitações, conferindo ao primeiro direitos ou, como já enunciava o parágrafo 16 do Código Geral do Direito Civil da Áustria de 1811:

*“Todo o ser humano é titular de direitos adquiridos pela nascimento, evidentes pela razão e, conseqüentemente, deve ser considerado pessoa.”*<sup>1</sup>

Estes direitos são atualmente denominados “*Direitos Humanos Fundamentais*”, ou simplesmente “*Direitos*

*Fundamentais*”; no passado foram chamados de “*Direitos do Homem*”. A atual Constituição Brasileira os denomina “*Direitos e Garantias Fundamentais*”<sup>2</sup>.

Visam estes direitos assegurar e garantir a cada ser humano, através do respectivo Estado, sua dignidade, sua igualdade, sua liberdade, seu direito à segurança física, à justiça social e à solidariedade.

O surgimento das liberdades públicas ocorre em três fases a saber:

Na **Primeira Fase** iniciada pela Revolução Americana ocorre a limitação do poder do estado através da institucionalização dos direitos individuais, também denominados modernamente de liberdades públicas.

1. “Jeder Mensch hat angeborene schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten”. ABGB-1811-Parágrafo 16.

2. “Não existe a respeito uma terminologia uniforme. Num recente debate na Suíça, objetivando a elaboração de um novo texto constitucional, foram apresentadas as seguintes sugestões: Direitos Humanos, Direitos do Cidadão, Direitos Constitucionais Uniformes, Direitos Individuais, Liberdades Fundamentais, Direitos Fundamentais, Direito à Liberdade e, simplesmente, Direitos.

Na **Segunda Fase**, iniciada logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, surgem os **direitos econômicos e sociais** e na **Terceira Fase**, a partir de 1979 surgem os **direitos de solidariedade humana**<sup>3</sup>.

Tanto os direitos individuais, como também os direitos econômicos e sociais e os direitos de solidariedade tornaram-se direitos subjetivos públicos e, conseqüentemente, constituem obrigações do Estado; inicialmente obrigações de não fazer, e, posteriormente obrigações de fazer, de não fazer e de dar.

Por serem estes direitos precedentes ao Estado, não cabe a este concedê-los, **pode a constituição declarar a dignidade humana, mas ela não os concede, apenas as reconhece.**

A partir desta declaração a **dignidade humana** deixa de ser categoria metajurídica, filosófica ou teológica; ela é **reconhecida, jurisdicizada**, passa a ser um valor jurídico-constitucional com todas as conseqüências decorrentes.

Em outras palavras: **Nem a constituição, nem a lei, nem qualquer outro texto jurídico conferem ao ser humano os direitos fundamentais**, mas apenas os reconhecem, na medida do desenvolvimento humano, social, político e jurídico do respectivo Estado.

São "relembrados", pelas Constituições, os direitos fundamentais, base da dig-

nidade humana, através da expressa admissão da preexistência da mesma a quaisquer textos jurídicos. Cabe, conseqüentemente, ao Poder Público proteger os direitos humanos fundamentais; não apenas no relacionamento entre o Estado e o indivíduo, mas, também, no relacionamento dos indivíduos entre si.

Em outras palavras: Se a dignidade humana é inviolável, qualquer violação da mesma, por quem quer que seja, viola os direitos e garantias fundamentais.

Foram estes direitos declarados por terem sido reconhecidos pelo Estado, na medida de seu desenvolvimento social, político e jurídico. Não constituem, de outro lado, os direitos fundamentais atualmente declarados um "numerus clausus", conforme consta aliás, explicitamente, do parágrafo segundo do artigo 5 da Constituição Federal Brasileira.

Se os direitos fundamentais, na sua primeira fase, visam limitar o Estado, na segunda fase visam criar condições mínimas para assegurar a independência social do indivíduo. Vistos desta maneira, **os direitos individuais são poderes de exigir**<sup>4</sup>. Seu objeto é uma prestação positiva devida pelo Estado, a qual, se for impossível fática ou juridicamente, pode ser substituída por uma indenização em moeda, sendo aplicável por analogia nestes casos o disposto a respeito das indenizações na órbita do Direito Civil.

3. "Os direitos de solidariedade foram apontados por Karel Vasak, em 1979, na abertura de cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, "apud" Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos Humanos Fundamentais, Editora Saraiva, 1995, p. 57.

4. "Boris Merkiné - Guétzerich, "As Novas Tendências do Direito Constitucional", Cia. Ed. Nacional, 1933, p. 151, "apud" Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Direitos Humanos Fundamentais", Ed. Saraiva, 1995, p. 49.

A violação dos Direitos Fundamentais poderá ocorrer tanto pelo Estado em relação ao ser humano como também por um ser humano em relação a outro ser humano, pois quem fere a dignidade humana de outro indivíduo fere os direitos fundamentais deste.

Cabe ao Poder Judiciário estabelecer as limitações necessárias à liberdade de agir do indivíduo, objetivando o resguardo e o fomento do convívio social, resguardados os limites, geralmente aceitos quanto à individualidade da pessoa, que sofre o dano decorrente<sup>5</sup>.

Examinando-se o desenvolvimento dos Direitos Humanos Fundamentais, constata-se a ausência de uma única fonte dos mesmos. Ao contrário, eles resultam da convergência dos mais diversos correntes sociais, religiosos, filosóficos, econômicos, políticos, ou, em outras palavras, da cultura ocidental. **Quase sempre o seu surgimento é acompanhado do enfraquecimento do Poder Público**, podendo-se indicar, como exemplo, as condições sociais quando da conquista pelos ingleses em 1215 dos direitos consubstanciados na Magna Charta Libertatis Populi Angelici, na "Bill of Rights" de 1628, na "Bill of Rights and Liberties of Subjects" de 1689, decorrentes da jurisprudência inglesa em geral quanto às "rules of law", do "due process of law", da "equal protection of the law", e da Revolução Americana e da Revolução Francesa.

Quanto à Revolução Americana, destacam-se a "Virginia Bill of Rights" de

1776, e os textos correspondentes de Pennsylvania, Maryland, Carolina do Norte, também de 1776, Massachusetts de 1780 e New Hampshire de 1784. Surgem com o advento da Revolução Americana e Francesa os direitos constitucionais de cada um, oponíveis ao Poder Público e, conseqüentemente, aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Merece neste contexto ser lembrada a existência, mesmo antes da Revolução Americana e Francesa, de normas que "concediam" aos súditos determinados direitos, como na Inglaterra pela "Magna Charta" e as "bills" já anteriormente mencionadas. Na Alemanha os moradores das "Cidades Livres", "Freien Reichstädte", e das "Cidades Hanseáticas" gozavam de **certas garantias, mas todos estes direitos eram "concedidos"** ou como escreveu Gottfried Dietze: "O rei declarava que não ia fazer".

Apenas com o advento da Constituição Americana e da Constituição Francesa surge o moderno conceito de Constituição, fundindo as antigas auto-limitações impostas pelo Poder Público a si mesmo com os direitos humanos fundamentais "basis and foundation of Government" como a "Virginia Bill" os considerou.

Em decorrência destas alterações sociais o estado constitucionalmente determinado, torna-se o estado ideal cuja concretização se constitui numa missão permanente de seu povo. Demonstrou a história também que a divisão dos poderes do estado se constitui em uma exigência

5. "Handbuch des Staatsrechts - Josef Isensee und Paulo Kirchhof, Band V, C.F. Müller, Juristischer Verlag - C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg 1992, pág. 8 - Decisões do Bundesverfassungsgerichtshof."

básica de seu funcionamento democrático, confirmando o magnífico acerto dos redatores da Declaração de 1789 quando escreveram:

*"Art. 16: Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation de pouvoir déterminée, n'a point de Constitution."*

O conceito constitucional inicial, objetivando a organização do Estado sofre uma fusão com os direitos fundamentais da segunda e terceira fase. Desta fusão resulta o conceito do Estado moderno e as tendências dos direitos fundamentais. A organização do Estado e seu sistema de direitos fundamentais são unidos na respectiva constituição, a qual indica positivamente os fundamentos, valores e finalidades por ele adotados.

O Estado constitucionalmente determinado torna-se o Estado ideal cuja concretização se constitui numa missão permanente de seu povo. Os direitos humanos fundamentais influenciam a organização do moderno Estado constitucional como a exegese dos direitos fundamentais influenciam sua constituição.

Boris Merkin Guétzierich divulgando as "novas tendências do direito constitucional" nos anos vinte, exprime lapidarmente o núcleo da nova "concepção", nos seguintes termos:

*"O Estado Moderno não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo*

*de condições jurídicas, que permitam assegurar a independência social do indivíduo."*

Surge finalmente, em 1979, a terceira geração de direitos humanos, atinentes à qualidade de vida e à solidariedade humana<sup>6</sup>.

São os seguintes os principais destes direitos: o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade, acrescentando alguns autores, ainda, o direito dos povos à autodeterminação e o direito à comunicação.

Quanto aos direitos de solidariedade, encontramos em nossa Constituição o artigo 4º, VI e VII, quanto à paz e à solução pacífica dos conflitos respectivamente.

Quanto ao direito ao desenvolvimento, a Constituição Federal é omissa, constando o mesmo, entretanto, da "Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento", editada pela ONU em 1986, quando essa declara constituir o mesmo um direito humano inalienável.

Quanto ao direito ao meio ambiente, temos o artigo 225 da Constituição Federal, cujo texto é o seguinte:

*"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."*

Quanto ao direito à comunicação, temos o artigo 220 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 220 - "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição."

Quanto ao direito à informação, temos o disposto no artigo 5, XIV da Constituição Federal assim redigido:

XIV - "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

Quando à autodeterminação dos povos, dispõe o artigo 4, III da Constituição Federal:

Art. 4º - "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

...

III - autodeterminação dos povos"

Examinando-se a história dos direitos fundamentais, constatamos, desde logo, uma larga expansão dos mesmos neste século, decorrente do surgimento dos direitos sociais e da solidariedade humana.

A concretização dos direitos fundamentais constitui-se na aplicação prática da teoria dos direitos fundamentais, consistindo essa numa compreensão orientada sistematicamente a respeito de seu caráter geral, seu direcionamento e sua extensão, o que nos obriga a pensar na função dos direitos fundamentais quanto à sua tipicidade.

Esta visão constitui um sistema de valores, objetivando a concretização dos direitos humanos fundamentais.

O objeto dos direitos fundamentais se alarga. Inicialmente restrito à proteção das liberdades públicas, passa o mesmo na segunda fase a incluir uma prestação positiva do Estado como o salário-desemprego, o serviço escolar ou educacional, os serviços médico hospitalares, de recreação e inúmeros outros, que variam de acordo com as condições de criatividade da respectiva sociedade e sua disponibilidade econômica-financeira.

Na Alemanha, chegou-se através da jurisprudência à impenhorabilidade do segundo aparelho de televisão da família. Se a penhorabilidade do primeiro aparelho de televisão fere os direitos fundamentais do cidadão quanto a seu direito de informação, a impenhorabilidade do segundo aparelho da mesma família não me parece ser necessariamente uma imposição dos direitos humanos.

Repensando a matéria, constata-se que os direitos fundamentais formam quatro grupos compostos por:

1. liberdades públicas, que são os direitos de agir;
2. isonomia;
3. direitos econômicos e sociais, que se constituem em direitos de exigir, "fundados na cooperação e no socorro mútuo, próprio dos homens que vivem em sociedade"; e
4. pelos Direitos de Solidariedade Internacional, que correspondem à última geração dos direitos fundamentais, visando a paz, o desenvolvimento, a proteção ao

6. "Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos Humanos Fundamentais, obra já citada, p. 57."



meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade e a autodeterminação dos povos.

A tendência dos direitos fundamentais consiste, como decorre do anteriormente exposto, numa expansão dos mesmos, resultando na democratização e no aumento da qualidade de vida, ou em outras palavras, no desenvolvimento do ser humano.

O aspecto negativo desta extensão dos direitos fundamentais consiste na sua banalização.

Deixaram os direitos fundamentais de ter uma incidência apenas nacional, tornando-se, ao menos parcialmente, normas internacionais, extraterritoriais. **Os direitos fundamentais podem ter, consequentemente, uma fonte supranacional.**

**A concretização dos direitos fundamentais ainda não é universal.** Ela é condicionada pelas convicções filosóficas, religiosas e econômicas dominantes em cada Estado, tendo, entretanto, uma aceitação generalizada nos países integrantes do mundo ocidental.

O crescimento do número dos direitos individuais ampliará o reconhecimento da "dignitas humana".

Os direitos humanos fundamentais devem ser protegidos tanto contra sua excessiva proliferação como contra a omissão do Estado quanto à sua concretização.

A elaboração adequada da doutrina e da jurisprudência, quanto aos Direitos Humanos Fundamentais, constitui-se em um dos maiores desafios jurídicos da humanidade em nossa época, pois **"constitui-se na causa geral da liberdade"**.

## Bibliografia Atinente à Matéria

BARBI, Celso Agrícola. Proteção processual dos direitos fundamentais. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 43, p. 137-154, jul. 1988.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 32-35.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 88, p. 421-496, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 322 p.

\_\_\_\_\_. *Liberdades públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978. 537 p.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. 189 p.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais; comentários ao art. 5º da CF/88*. Bauru, SP. EDIPRO. 1997. 717 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais: teoria e realidade normativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 113, p. 45-52, mar. 1995.

ISENSEE, Josef, KIRSCHOF, Paul. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992. 5 Vol.

LEITE, Luciano Ferreira. Aplicabilidade imediata dos direitos e garantias individuais da Nova Constituição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 635, p. 14-18, set. 1988.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. As garantias dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 122, p. 41-46, maio/jul. 1994.

MARINHO, Josaphat. Direitos e garantias fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 127, p. 5-12, jul./set. 1995.

MARQUES, Floriano Azevedo. O choque de direitos e o dever de tolerância: os direitos fundamentais no limiar do século XXI. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 9, p. 35-41, 1994.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Conceito e evolução dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, p. 54-61, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 5, p. 16-20, out./dez. 1993.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais, sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 1, p. 198-208, 1992.

NORONHA, Carlos Silveira. Liberdades públicas; uma breve visão político-filosófica. *Revista Forense*, v. 328, p. 31-36.

ROLIM, João Dácio. Os direitos fundamentais e o fato gerador de obrigação tributária ... *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 12, p. 80-93, jul./set. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor da alçada e limitação de acesso ao duplo grau de jurisdição ... *AJURIS*, Porto Alegre, v. 66, p. 85-127, mar. 1996.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da, TAVARES, André Ramos. Extensão da aras popular enquanto ... *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 11, p. 106, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso e Direito Constitucional Positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 820 p.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. Destinação e utilidade do mandado de injunção. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 613, p. 42-46, nov. 1991.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 338 p.

TÁCITO, Caio. Proteção dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 6, p. 7-14, jan./mar. 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 136-141

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Direitos e garantias fundamentais na Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v. 6, p. 11-14, jan./mar. 1994.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 64, p. 395-417, jul. 1995.

# El Tiempo Compartido

*Graciela J. Lovece*

Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade de Buenos Aires, Argentina

## 1. Introducción

**E**ste siglo que prácticamente está llegando a su fin se ha caracterizado casi exclusivamente por la búsqueda incesante y hasta por momentos apasionada del progreso y el desarrollo. Este desarrollo se enmarca indudablemente dentro del campo socio-económico; así las naciones altamente industrializadas llegaron a una etapa de consumo masivo y paralelamente se convirtieron en el arquetipo al cual todos los países desean llegar.

La evolución alcanzada permitió en términos globales mejorar las condiciones de vida de la humanidad; poniendo a disposición de amplios sectores de la población toda una gran gama de artículos manufacturados a precios accesibles, con una producción cada vez mayor y a menor costo; creando de esta forma un campo laboral más amplio aunque más especializado y como resultado buscado un mayor número de *consumidores*.

Estos últimos se convirtieron en el eje central de las sociedades modernas, y es en torno a su figura que se estructura la "sociedad de consumo" en la cual se ven potenciadas necesidades ficticias que sirven de sustento para la retroalimentación del sistema.<sup>1</sup>

Posteriormente la necesidad casi imperiosa de mantener los niveles razonables de demanda incentivó la producción de bienes perecederos; alentada por la publicidad y nuevas técnicas de comercialización que asociaban la felicidad al consumo; de tal modo los términos del crecimiento tanto social como individual se ven agotados en aquellos presupuestos fundamentales; "*expansión industrial y acceso masivo al consumo*".

El concepto de desarrollo como resultado de la modernización no es novedoso; tiene su origen en los países del occidente europeo en la época "post-medieval", la modernización es difundida bajo

1. GHERSI; Carlos, Lima Marques, Zentner, Weingarten, Vergara, Lovece, Benítez: "Derechos y Responsabilidades de las Empresas y Consumidores" Ed. Organización Mora Libros, Bs.As julio 1994, pág.33 y sig.

la idea de "procesos continuos de cambio en la estructura de la sociedad"<sup>2</sup> es obvio entonces que estas constantes mutaciones van desencadenando comportamientos sociales que finalizan indefectiblemente en procesos de masificación.

Resulta innegable el papel primordial que ha desarrollado la publicidad dentro de estos procesos de masificación de la conducta, potenciando la imagen y siendo preponderante en la creación de la figura del "hombre consumidor"; el mensaje subliminal que contiene el anuncio publicitario como metodología inductiva está orientado hacia una sola meta; la suspensión del subdesarrollo, creando una expectativa de notorio mejoramiento de la calidad de vida.<sup>3</sup>

Es através del aviso publicitario con el cual se sensibiliza al receptor del mensaje y se le crea una sensación de situación ideal o estado de bienestar que devendrá con el goce de ciertos y determinados productos o servicios; en virtud de los cuales podrá escapar al subdesarrollo y esta aspiración individual es inmediatamente transmitida al grupo familiar y al contexto social.<sup>4</sup>

Observamos así que el consumidor no solo es inducido por medio de la publicidad a consumir un determinado producto o servicio sino que también se le crea al receptor del mensaje publicitario un conjunto de necesidades anexas y subconcientes que permanecerán latentes hasta el momento en el que surgirán como

consecuencia de haber recibido un estímulo externo.

Una vez emplazado el consumidor en tal situación tiende a satisfacer sus "necesidades" en forma permanente y lo hará del modo que le resulte más simple y accesible. Dentro de este cúmulo de placeres algunos evidentes y otros subconcientes, algunos imprescindibles otros absolutamente superfluos; encontramos incluídos sin lugar a dudas al descanso, al esparcimiento y a la recreación.

Sin embargo no escapa a nuestro conocimiento que la concreción de este objetivo absolutamente válido y necesario; - dada la actual crisis económica;- se ve muchas veces desplazado como consecuencia de la afectación de los recursos; - otrora destinados a tal fin;- a la satisfacción de necesidades básicas que anteriormente se hallaban cubiertas por una red social mejor y más democráticamente estructurada (vrg. salud, educación etc.) que constituía la característica esencial de un Estado Social de Derecho hoy desplazado por un criterio netamente individualista y competitivo, fomentado e incentivado por la implementación de las reglas del libre mercado y por un Estado prescindente y alejado de los requerimientos sociales.

La necesidad de descanso y esparcimiento, unida a un menor tiempo vacacional; junto a un mayor desarrollo turístico y a la paralela creación del deseo de búsque-

2. GUBERN; Román: "La imagen y la cultura de masas" Ed. Bruquera Barcelona 1983, pág. 35.

3. BERNARD; Philipe, "Des instituturs incompris" Le Monde 29 de junio 1985.

4. GHERSI; C: "La reparación del Daño Moral por la frustración de la imagen del Welfare State generada por medio de la publicidad" en Responsabilidad por Daños homenaje a Jorge Bustamante Alsina, T.1 Ed. Abeledo Perrot, pág. 306.

da de modos diferentes de satisfacción, han llevado a la aparición de nuevas fórmulas vacacionales como la de TIEMPO COMPARTIDO.

Podemos hablar de un sistema de Tiempo Compartido ya que en tal relación jurídica intervienen múltiples sujetos y una serie de contratos conexados que posibilitan la prestación del servicio (Vgr, desarrollista, propietario vendedor, usuario, comercializadores, administradores, prestadores del servicio turístico, etc.)<sup>5</sup>

Esta nueva estructura vacacional resulta ideal para aquellos consumidores que no disponen de los recursos suficientes para adquirir un inmueble con tal destino y solventar los gastos posteriores de mantenimiento, como así también para aquellos que disfrutaban con el cambio permanente de lugares y con nuevas experiencias.

El fenómeno de la "multipropiedad" como también se lo ha dado en denominar, además de interesar como fenómeno jurídico o social, juega actualmente un importante papel en la vida económica, afectando a miles de personas lo cual incide en la necesidad de reflexión sobre la relación entre hecho y derecho, trataremos entonces de analizar la metodología utilizada para capturar el mercado, el sistema de contratación empleado y cual es la normativa aplicable a la luz del reconocimiento de los derechos de los consumidores.

## 2. El Fenómeno del Tiempo Compartido:

El concepto de tiempo compartido o multipropiedad, conocido también con el término inglés "timeshare o timesharing" es relativamente reciente. Hay consenso en determinar que fue en Superdévouly, una estación de esquí en los Alpes franceses; el lugar en el que se acuñó esta noción en el año 1965 utilizándose por aquella época como eslogan propagandístico "no alquile la habitación, compre el hotel; es menos caro"

Casi contemporaneamente se creó en Suiza la firma Hapimag que ofrecía a la venta el "timesharing" en forma de cuotas partes de sociedad ofreciendo un derecho temporal de uso de una de sus propiedades de vacaciones.<sup>6</sup>

Este nuevo concepto en desarrollo no tuvo en Europa el éxito previsto, pero alcanzó un auge inusitado en los Estados Unidos a partir de los años 1970, más exactamente en el Estado de Florida, en el cual el sector inmobiliario tradicional atravesaba una dura crisis a consecuencia de haber padecido un período inflacionario; lo que favoreció la venta de inmuebles en forma fraccionada o en pequeños trozos; en otros términos; la copropiedad compartida en el tiempo.<sup>7</sup>

5. MARINO DE LLANA; V: "El fenómeno de la Multipropiedad en nuestro ordenamiento jurídico" Rev. Tapia Publicación para el Mundo del Derecho Nº 87 Marzo/Abril 1996 pág. 69 y sig.

6. Comisión de Comunidades Europeas Propuesta de Directiva del Consejo Relativa a la Protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a Tiempo Compartido. Rev. Estudios sobre Consumo Ed. Tecnos SA. Nº 25 Dic. 1992

7. A inicio de los años 80 existían 506 realizaciones de timeshare en el mundo, y alrededor de 155.000 propietarios habían comprado unos 100.000 intervalos por una suma global de 490 millones de dólares cuyo valor promedio era de u\$s 3.267. En 1990 el número de propietarios alcanzaba la suma de 1.800.000 y el volumen de negocios era de 3.000 millones de dólares. Fuente Informe de The Worldwide Resort Timesharing Industry 1990. Washington DC. 1991.

Si tomamos en consideración que este fenómeno es muy complejo y muy diversificado en la práctica, y que la mayoría de los países no poseen una legislación específica al respecto, (el nuestro no es una excepción a la regla) no resulta fácil dar una definición que pueda circunscribir perfectamente este fenómeno.

El tiempo compartido es por naturaleza, uno de los ejemplos característicos de transacciones transfronterizas, cuyas implicancias dependen específicamente del lugar en el cual se perfeccionó el contrato.

Se trata de un contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso y goce por uno o más períodos al año de una unidad habitacional con finalidad vacacional con los muebles de los que está provista y los espacios y cosas de uso común; (o en su caso de bien mueble yate, velero, casa rodante) obligándose además a la prestación de servicios sean dependientes o independientes del uso y goce de las cosas y además al establecimiento de un régimen apto para la administración y gestión del conjunto, y la otra se obliga a pagar un precio cierto en dinero, más el pago periódico de cuotas de mantenimiento reparación y mejoras.<sup>8</sup>

Es de destacar que en la definición solo se hace referencia a dos de los sujetos principales intervinientes en la operación comercial; pero la práctica negocial indica que tal negocio jurídico no es bilateral sino multilateral, ya que encontramos una serie de contratos o relaciones jurídicas conexas

durante todo el iter contractual que resultan imprescindibles para la correcta prestación de la obligación principal.

### 3. El Proceso de introducción del servicio en el mercado:

El estudio del comportamiento del consumidor y el conocimiento de sus necesidades es una cuestión básica y un punto de partida inicial para que las empresas puedan implementar con eficacia todas las acciones tendientes a la conquista del mercado. A tal fin se han desarrollado técnicas específicas (algunos autores hablan de un sistema de pensamiento y hasta de una filosofía) como el "marketing" a través del cual se le imprime un carácter propio a todas las actividades desarrolladas por la empresa u organización en el intercambio.

Desde el punto de vista de los estudios el comportamiento de los consumidores ha sido tema de análisis desde hace bastantes años; determinar de que modo las personas asignan los escasos recursos de los que disponen en la adquisición de productos o servicios para satisfacer sus necesidades o deseos ha sido motivo de desvelo para los mercadólogos.

#### 3.1. El marketing:

El concepto de marketing ha ido evolucionando desde una primera fase en la cual se lo denominó "marketing pasivo" contemporáneo a la Revolución Industrial; pasando por una segunda fase denominado "marketing de promoción y organización"

nacido paralelamente al proceso de producción en masa, llegando a una tercera fase que encuentra su desarrollo desde los años 50 hasta nuestros días que se denomina "marketing activo estratégico" a través del cual se intenta adecuar la producción a las necesidades del mercado, y, por último una cuarta fase aún en estado de gestación, en la cual existe una marcada tendencia hacia un "marketing social" con compromiso ético, económico, ecológico; de calidad de vida, preservación del medio ambiente, etc.

En los últimos años este término ha adquirido popularidad; y sintéticamente podemos definirlo como el proceso responsable de la indentificación, previsión y satisfacción de las necesidades del consumidor.<sup>9</sup> Algunos autores como Joao Loureiro lo definen como el conjunto de actividades y operaciones que suceden desde la creación de un producto o servicio hasta su destrucción (tiempo de vida útil) por el consumidor final.<sup>10</sup>

La función del marketing es realizar un pormenorizado análisis e investigación; - antes de la creación o fabricación del producto o servicio -; de las necesidades, gustos deseos y posibilidades del mercado a conquistar; luego de la fabricación se diseña la estrategia para su colocación y una vez realizada la venta las acciones del marketing continúan en el sentido de proporcionar al consumidor el pleno goce del bien o servicio adquirido, estableciendo las estrategias de garantía y asistencia técnica.<sup>11</sup>

Una de las funciones del marketing es analizar los factores determinantes de la demanda para modificar actitudes y comportamientos que induzcan hacia la compra efectiva del bien o servicio; debe tomarse en consideración, que de hecho, es mayor la cantidad de consumidores que no son clientes que los que sí lo son.

#### 3.2. La captación del consumidor:

Según Chias el proceso de creación de un servicio consta de cuatro fases; la primera denominada de *conceptualización del servicio* que en términos estratégicos de negocios es equivalente a la ecuación producto-mercado, la segunda de *estructuración* en la cual se concreta lo que se va a ofertar y en la forma en que se hará, una tercera fase la de *comercialización del servicio* que aborda los aspectos específicos de precio, intermediación, comunicación etc.; y por último la cuarta fase denominada de *prestación* aquella en la cual se produce la aparición del cliente y se realiza la producción y posterior consumo del servicio.<sup>12</sup>

No resulta trascendente para este estudio determinar cual ha sido la estrategia empleada por el marketing para la introducción en el mercado de este sistema vacacional; lo cierto es que el Tiempo Compartido es una realidad y que el sistema de ventas empleado es similar para la mayoría de las empresas que se dedican a este servi-

8. TRANCHINI DE DI MARCO, M.; "Tiempo Compartido. Consideraciones sobre el Proyecto de Ley sancionado por el Senado de la Nación" Lley Nº 124 julio 1996.

9. STAPLETON, Jhon; "Marketing" Ed. Presença Lisboa 1988.

10. LOUREIRO, Joao M; "Direito do Marketing e da Publicidade" Ed. Semanario. Lisboa 1985.

11. VILAÇA LOPES, Maria E; "O Consumidor e a Publicidade" Rev. Direito do Consumidor Nº1 Ed. Revista Dos Tribunais pág. 149 y sig.

12. SALVADOR, MOLLA, BIGNE; "Introducción al Marketing" Ed. Mc Graw-Hill Interamericana de España S.A. 1994, pág. 162.

cio, tanto en el ámbito nacional como en el internacional; no olvidemos que estas organizaciones son una demostración palpable de que el concepto de "aldea global" no es una utopía.

Existen en esta relación jurídica múltiples vínculos negociales con diferentes sujetos que asumen obligaciones y adquieren derechos; que serán cumplidos y gozados respectivamente tanto en el ámbito local como en el exterior.

El sistema utilizado para la captación del consumidor plantea una relación directa con el paseante desprevenido en especial en aquellas zonas turísticas en las cuales las empresas que se dedican a esta actividad poseen algún complejo vacacional; utilizando un método de ventas especialmente agresivo, engañoso e inoportuno que podríamos calificar minimamente de desleal.

La fórmula más común para captar la atención de los consumidores es a través de la oferta de premios sumamente interesantes; una vez que se logra interesar a los potenciales consumidores, es el momento de explicarles que para acceder a todo este cúmulo de premios es necesario que cumplan con ciertos requisitos especiales, (vgr. poseer tarjeta de crédito, en algunos supuestos se requiere una edad mínima determinada, tener pareja etc) de esta forma se le crea al futuro cliente una imagen de exclusividad y pertenencia a un grupo selecto que lo posiciona entre unos de los pocos mundialmente elegidos.

Luego se lo invita a uno de los locales de venta y allí se le pseudo-informa en primer término sobre las ventajas del sistema, cuales serán los beneficios de adherirse

al mismo y en forma superflua cuales habrán de ser las condiciones de la contratación, todo esto acentuado y enfatizado con el recorrido de las instalaciones, por videos en los que se muestran otros complejos también destinados al intercambio vacacional situados en medio de paisajes paradisíacos y por folletería de exelente impresión.

Si bien se aclara constantemente, que no es necesario adquirir el servicio, dentro de la práctica habitual el consumidor puede llegar a encontrarse con sorpresas desagradables, como por ejemplo el débito en sus tarjetas de crédito de los "vouchers" firmados como garantía, cuando el premio al que se hizo acreedor es una estadía en uno de los complejos turísticos de la cadena en cuestión y a pesar de todo el bombardeo publicitario al que es sometido no adhiere a este servicio vacacional.

O lo que resulta peor aún cuando descubra que el contrato por él firmado no solo no es de compraventa en los términos tradicionales que el consumidor reconoce, sino, que está asociándose a una sociedad civil y asumiendo todas las obligaciones legales que esto conlleva.

#### 4. La protección de los Derechos de los Consumidores:

Este fenómeno de tiempo compartido, multipropiedad o time sharing no cuenta con legislación propia lo que nos obliga a forzar las instituciones vigentes para tipificarla entre nuestras figuras jurídicas..

Si bien existen algunos proyectos al respecto, estos se centran más en determinar la naturaleza jurídica del derecho ad-

quirido;- si estamos frente a un derecho real (propenden a la creación de un nuevo derecho real) o a un derecho personal;- y se le presta muy poca atención al sistema de contratación con la cual se comercializa el servicio y a la poco ética forma de publicitarlo. dejando de tal modo a los consumidores librados a su propia suerte.

#### 4.1. El deber de información:

El deber de información reviste importancia durante toda la relación contractual, como elemento determinante del acto voluntario en la etapa previa a la concreción del contrato, y durante la ejecución del mismo como generadora de la *confianza* que desde un punto de vista netamente economicista se traduce en un ahorro de recursos que de no mediar tal confianza deberían ser asignados al control de la relación jurídica entablada.

Esta es una obligación que pesa sobre la empresa en virtud de la natural situación de desnivel existente entre las partes contratantes (empresa - consumidor) y que tiene como finalidad restablecer la situación de igualdad entre ambos. y se contituye en una manifestación del deber de buena fe.<sup>13</sup>

La información es un presupuesto indispensable durante la etapa formativa del contrato, ya que la ausencia, falsedad o deficiencia de la misma, influye como elemento determinante en la formación de la voluntad y en la prestación del consentimiento y pone en manos del co-contratante más débil la herramienta necesaria

para limitar el desequilibrio presente en toda relación de consumo, el derecho de información no puede ser cercenado ni limitado por que es el único elemento que le permite al usuario-consumidor defender su libertad que de hecho ya se encuentra condicionada.

El deber de informar de la empresa frente a los consumidores se proyecta durante toda la relación contractual y debería constituirse en una práctica empresarial habitual, especialmente al considerar que la información resulta un factor determinante y excluyente para la prevención de daños, al permitirle al consumidor una clara y concreta visualización de los riesgos.

En los sistemas de venta de tiempo compartido existe una deficiencia manifiesta en relación a la información suministrada a los consumidores (en especial respecto del objeto del contrato), que no puede ser suplida por la entrega de formularios tipo, en los que se les aclara a los mismo cuales serán las obligaciones asumidas pero no cuales habrán de ser los derechos adquiridos.

El modo en el cual debe suministrarse la información; será tomando en consideración las posibilidades de comprensión de su destinatario, habida cuenta de la disparidad en los conocimientos existente entre los contratantes y aún entre los propios consumidores entre sí. Es en virtud de estas características que será evaluado el cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación de informar.

13. GHERSI, C, WEINGARTEN, C, BARBIER, E: "Contratos 2 Problemática Moderna" Ed. Jurídica Cuyo Mendoza, agosto 1996 pág. 43 y sig.

Esta falla o falta de información se constituye en un factor de atribución de responsabilidad para las empresas ya que tal actitud infringe el deber accesorio de conducta y es violatoria de la legislación vigente.

El derecho de información de los usuarios y consumidores se encuentra reconocido en el art. 42 de la C.Nacional reformada en el año 1994,<sup>14</sup> por el art. 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>15</sup> y por el art.4 de la Ley de Defensa del Consumidor<sup>16</sup> que tomando en cuenta los principios seguidos por las legislaciones más modernas impone el deber de informar a toda la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios.

#### 4.2. La publicidad, la oferta y la información:

El deber de información en los tiempos que corren se vincula directamente con la publicidad que se hace del producto o servicio.

Tanto una como otra ejercen influencia en la formación del contrato pero responden a objetivos diferentes; mientras que la publicidad tiene como fin inducir a la necesidad de contratar, la información tiende a explicitar a los posibles contratantes sobre las condiciones y características del

contrato a realizar, esta no puede provenir de la comunicación masiva, caso contrario perdería su valor de tal, por lo que en consecuencia debe operar en cada contrato en particular.<sup>17</sup>

La publicidad que se haga de determinados productos o servicios, encuentra su límite a partir de la sanción de la Ley de Defensa de los Consumidores, por cuanto se considera que la publicidad cumple una función de oferta contractual, y como tal vincula obligatoriamente a quien la formula, quedando de esta forma protegidos los consumidores quienes tienen derecho a exigir que se cumpla con lo publicitado, en mérito a la confianza que el anuncio publicitario generó en ellos. (arts. 7 y 8 Ley 24.240.)

Asimismo pensamos que si bien el art. 8 de la Ley 24.240 habla de las *precisiones publicitarias*, es decir de la información vertida en la publicidad, todo el entorno que forma parte del anuncio publicitario y que no es una precisión pero que constituye un marco adecuado para hacer aún más creíble la información publicitariamente brindada, también integra la oferta por aplicación del art. 1198 del Cód. Civil y el principio general de la buena fe, adoptar una postura contraria nos llevaría al supuesto de dejar sin protección al usuario del servi-

14. Art. 42 CN: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno (...)."

15. Art. 46 CCABA: "(...) Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, (...)."

16. Art.4 LDC: "Quiénes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos."

17. LORENZETTI, R; "El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas". LL 1990-B-996.

cio, ya que toda publicidad que no contuviese *precisiones* dejaría de constituirse en oferta y esta obviamente no ha sido la intención del legislador y tampoco es el lineamiento seguido por las normas del consumidor más avanzadas.

Un párrafo especial merece el sistema de premios utilizado para la venta, previsto específicamente en el art. 10 de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial.

Dicho precepto legal veda el ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón ya sea directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar. El fundamento de tal disposición es evitar la distorsión que éstas técnicas generan en el público, al producir una disociación entre las características propias del servicio y el aleatorio beneficio accesorio que se brinda.

Sin embargo el ineficiente control administrativo hace que los consumidores observemos perplejos una proliferación de estas técnicas; en lugar de asistir a la erradicación definitiva de estas prácticas, que sólo buscan capturar al consumidor mediante el artilugio y el engaño.

El sistema de promoción de bienes y servicios en base al lema "sin obligación de compra" utilizado; -cabe la aclaración-; no solo por las organizaciones que se dedican a la comercialización de este sistema vacacional, sino por un sinnúmero de empresas que abarcan la más variada gama de productos y servicios se constituye en la práctica en un verdadero fraude a la ley vigente.

#### 4.3. Legislación Comparada:

No existe en términos generales en los países miembros de la Comunidad Económica Europea legislación específica sobre el timesharing o tiempo compartido salvo tres excepciones (Francia, Grecia y Portugal) en estas normas se le dedica un acápite específico a la publicidad y a la información.

La ley francesa N° 86-18 del 6 de enero de 1986, especifica que en cualquier documento en que se registre la adquisición de partes o de acciones de sociedades reguladas por la Ley, deberá aparecer claramente que dicha adquisición contiene únicamente la cualidad de "asociado" y no la de "propietario del inmueble".

En cualquier publicidad realizada, recibida o percibida en Francia cualquiera que sea su forma, relativa a las operaciones de atribución del timesharing a los asociados a los que no se concede ningún derecho de propiedad, o cualquier otro derecho real sobre los inmuebles como contrapartida de su aportación, está prohibido el recurso a cualquier expresión que incluya el término de "propietario" para calificar la cualidad de los asociados (art. 33). Toda infracción a esta disposición se considerará publicidad engañosa y puede dar lugar a una acción de suspensión y/o a una sanción penal (art. 44 de la Ley de 27 de diciembre de 1976.)

Grecia fue uno de los primeros países europeos en regular el timeshare, principalmente mediante la Ley 1.652, del 30 de octubre de 1986, sobre "el contrato de



arrendamiento a tiempo repartido y la regulación de las cuestiones relativas" y la Orden Ministerial del 15 de diciembre de 1987 sobre "la atribución de viviendas turísticas en régimen de arrendamiento a tiempo compartido". La normativa hace especial referencia a la obligación de la empresa de suministrar a los consumidores una información adecuada y veraz.

El tercer Estado y en el cual puede afirmarse que el tiempo compartido está sólidamente implantado es Portugal; que fue el primero en tener una regulación específica calificándolo de "derecho de habitación periódica" (*direito de habitação periodica*). Como en otros Estados del continente el número de derechos reales quedaba limitado por la Ley y solo podía ser ampliado mediante otra ley, a lo cual se procedió en 1981 mediante el Decreto-Ley Nº 355/81 del 31-12-81, modificado por el Decreto-Ley 368/83 que determinaron la existencia de este nuevo derecho real. Las lagunas importantes de las cuales adeolecían estas normas fueron subsanadas por el Decreto-Ley Nº 130/89.

En lo relativo a la publicidad y a la información, se dispone que cualquier publicidad en cualquier material de promoción debe contener una serie de informaciones precisas especialmente: descripción inmobiliaria, fecha de apertura, características de la unidad de alojamiento, etc.

No podrá realizarse ninguna publicidad o promoción relativa al tiempo compartido en tanto no haya sido definitivamente aprobado el proyecto por las instancias competentes (arts. 33 y 34),

ningún documento ni aún el contrato podrá utilizar el término "*propietario*" o cualquier otra expresión que pueda inducir a error al comprador (art.31).

Esta norma avanza sobre una alternativa poco estudiada en nuestro ámbito que es el "plazo, período o tiempo de reflexión" regulado por el art 34 la Ley 24.240 y al cual le dedicaremos un párrafo especial.

La Comisión de las Comunidades Europeas en el informe presentado en Bruselas el 24 de julio de 1992 destacaba que: "(...) Se ha tomado conocimiento de la situación en la que se encuentra el consumidor en el ámbito de la multipropiedad, por las numerosas quejas que se le han dirigido, ya sea en forma directa por los propios afectados, o bien indirectamente a través de otras instancias, principalmente el Parlamento Europeo. Estas quejas hacen referencia a:

1.- Utilización de técnicas de venta de un carácter agresivo -o que utilizan métodos psicológicos de presión- ante las que el consumidor, al no haber previsto de ningún modo la situación, se encuentra desprevenido, viéndose prácticamente obligado a firmar un contrato sin habersele dado la posibilidad de reflexionar previamente sobre el mismo. Entre estas técnicas pueden señalarse las siguientes:

- Invitación a reuniones de presentación de las que se precisa vagamente el objetivo y en las que el vendedor - que por lo general evita utilizar el término "multipropiedad" o "timeshare"- controla totalmente la situación.

- Regalos no encargados que implican a menudo un gasto inesperado para el adquirente potencial.

- Amenazas del tipo "esta oferta ya no será posible mañana por lo que debe ud. firmar ahora mismo".

2.- La utilización de una publicidad que da al consumidor una información engañosa o cuanto menos incompleta sobre la realidad que se le ofrece. Es el caso de este tipo de publicidad que hace pensar al consumidor que ha adquirido un derecho real, por ejemplo, que se ha convertido en *propietario*, cuando en realidad la legislación no contempla esa forma de acceso a la propiedad, o bien el caso de la publicidad que hace creer al consumidor que puede cambiar o vender fácilmente su derecho de multipropiedad en una bolsa de intercambio o de reventa.

3.- La impotencia de las autoridades públicas para controlar las actividades de un sector importante de la industria del timeshare que tiene a menudo sede en un paraíso fiscal (...)"

Tomando en cuenta este informe de la Comunidad Europea vemos que las prácticas y técnicas de venta utilizados para la captura del consumidor incauto no nos resultan desconocidas, son las mismas tanto en los países centrales como en los periféricos.

#### 4.4. La Contratación por Adhesión:

No creemos necesario profundizar en este trabajo respecto de las *tipologías contractuales* que conviven actualmente en

nuestro Derecho, básicamente nos encontramos con dos modelos: el de negociación individual regulado por el Cód. Civil producto del liberalismo político y económico imperante en la época de su redacción; y el contrato de adhesión resultante del cambio económico y sociológico producido por la aparición de la "sociedad de consumo" y que encuentra regulación en la Ley de Defensa del Consumidor.

La masificación y la despersonalización en las contrataciones han provocado que el tradicional contrato de negociación individual haya sido sustituido hoy en día por la contratación estandarizada o por adhesión.

Este tipo de contratación supone una restricción en la libertad dentro del contrato, por cuanto una de las partes, la económicamente más fuerte, predispone las cláusulas que constituyen las bases del acuerdo sin que la otra pueda discutir su contenido, quedándole sólo la posibilidad de optar entre aceptarlas o rechazarlas únicamente.

Desde esta óptica el contrato no es el resultado de un consentimiento libremente prestado por sujetos en situación de igualdad, como ocurría en la contratación individual, sino que responde a una imposición unilateral de voluntad del más fuerte sobre el más débil. En estas condiciones no podemos hablar de consentimiento en los términos tradicionales sino de un asentimiento.

La explotación del recurso turístico mediante el sistema de tiempo compartido se realiza en base al modelo de contratación por adhesión, las empresas predispo-

nen las condiciones contractuales en formularios-tipo<sup>18</sup> y el consumidor no puede discutir ninguna de las cláusulas quedándole únicamente la libertad de determinar si contrata o no, y, como agravante, tal libertad se encuentra restringida por el acoso publicitario, lo que opera como elemento limitativo de la voluntariedad del acto.

La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor regula lo concerniente al contrato de adhesión, dicho plexo normativo establece que sin perjuicio de la validez del contrato se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen la obligación, o sean limitativas de la responsabilidad, las que establezcan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, y aquellas que le impongan la restricción de sus derechos.

Razón por la cual cualquiera de estas cláusulas consideradas abusivas que se encuentren insertas en un contrato de "multipropiedad" o "tiempo compartido" carecerán de eficacia.

Y en aquellos supuestos en que el oferente viole el deber de *buena fe* en la etapa previa a la conclusión del contrato, o en su celebración o transgreda el deber de información, o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. (art. 37 in fine)

Leyendo este último párrafo podemos concluir que nunca ningún sistema de ventas podrá constituirse en una violación más

flagrante a la norma vigente como lo es el implementado por el sistema de Tiempo Compartido; ante la escalofriante pasividad de los órganos administrativos de contralor.

Órganos administrativos a los que la ley 24.240 (art.41) les otorga competencia y que deberían vigilar que los contratos de adhesión no incluyeran cláusulas abusivas como las previstas en la norma, como así tampoco en los contratos hechos en formularios o reproducidos en series cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio.

## 5. Los plazos de reflexión: una medida preventiva

Cuando nos enfrentamos a alguno de los conflictos a los cuales hicimos referencia anteriormente la solución más frecuente en mérito a la protección de los derechos del consumidor engañado, es el remedio *a posteriori*, nulidad de cláusulas abusivas, nulidad o anulabilidad del contrato, responsabilidad civil, daños y perjuicios, pero el Derecho de Consumo preve ciertos mecanismos que operan con carácter preventivo, y que permiten evitar que el daño acaezca.

La utilización del "elemento sorpresa" tan defendido para las operaciones militares, no es aplicable a las relaciones de consumo. La razón de este impedimento está dada en que es una de aquellas formas de agresión que "se incrementa a medida que se desarrolla la sociedad de la abun-

dancia" es considerada una demostración de práctica agresiva y por consiguiente desleal, utilizada por los comerciantes para obligar a los consumidores a celebrar contratos que no siempre le son beneficiosos.<sup>19</sup>

Las ofertas hechas fuera del establecimiento comercial se fundan específicamente en el efecto sorpresa, que coloca al consumidor en una situación de desventaja que impide un ejercicio comparativo, limitando su posibilidad de elección y restringiendo su facultad de reflexión, sometiéndolo a una presión oral metódicamente planificada por la empresa.<sup>20</sup>

El período de reflexión o posibilidad de revocación de la aceptación es un instituto que tiende a la protección del consumidor sorprendido en su buena fe, y que se encuentra regulado en las leyes de defensa de los consumidores más avanzadas.

Afirma Carbonier que el consentimiento dado por el consumidor ya no es suficiente, es necesario entonces que se lo de la posibilidad de pensar o reflexionar sobre ello.<sup>21</sup>

Se discute especialmente en la doctrina internacional; para lograr encuadrar este instituto; las diferentes teorías legales sobre la conclusión del contrato; algunos recurren al concepto de contrato bajo condición a término, en tanto que otra postura se basa en la teoría alemana de

Punktation o de la formación sucesiva del contrato, según la cual el contrato no se cierra instantáneamente sino que es el resultado de una serie de negociaciones continuas, y la conclusión de la relación jurídica se produciría exactamente después de transcurridos los plazos de reflexión establecidos por las normas (5 o 7 días son los más frecuentes) por lo que la utilización por parte del consumidor de su derecho a retractación, no minaría la fuerza vinculante del contrato dado que este todavía no se habría formado.<sup>22</sup>

La Ley 24.240 recepta este principio preventivo en el art.34; le otorga al consumidor o usuario el derecho a revocar su aceptación durante un plazo de 5 (cinco) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue la cosa o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna para él. Esta facultad no podrá ser dispensada ni renunciada. Imponiéndosele además al empresario la obligación de informarle en forma clara y notoria al consumidor sobre este derecho.

Ahora bien, el período de reflexión o posibilidad de revocación de la aceptación, de acuerdo a lo dispuesto por nuestra legislación sería aplicable únicamente a los supuestos de venta domiciliaria, por correspondencia, etc.<sup>23</sup>. Consideramos que esta limitación o restricción en lo relativo al ámbito de aplicación de este instituto,

18. DE FILIPPO, M; "Tiempo Compartido. Derechos de Propiedad Involucrados" LL 1985-D-1048.

19. CHRISTIANOS, V. "Plazos de Reflexión. Una evaluación teórica." Rev. Estudio sobre Consumo Nº 25 1992, pág. 51 y sig.

20. STIGLITZ, G; "O Direito Contractual e a proteção Jurídica Do Consumidor" Rev. do Instituto Brasileiro de Política E Direito Do Consumidor 1 Pág. 184 y sig.

21. CARBONIER, J; "Droit Civil, Les obligations" vol. IV Nº 18, pto. 5.

22. IDEM 19.

23. Igual solución adopta el Código de Defensa del Consumidor de Brasil en su art. 49

perjudica a aquellos a quienes la norma pretende proteger, por cuanto si el fundamento de la existencia del mismo, se basa en la falta de posibilidad de reacción del consumidor frente al elemento sorpresa con el cual se lo agrede, esto mismo ocurre con el sistema de ventas del tiempo compartido u otros servicios, con el cual también se sorprende y agrede al consumidor desprevenido y en estos supuestos no sería aplicable, en razón de que mediante diferentes ardis se logra que el futuro cliente se dirija a un local de ventas sorprendiéndolo de esta forma doblemente en su buena fe.

Creemos entonces que si la idea base de un Derecho de Consumo es la protección del minusválido jurídico frente a quien impone no sólo las condiciones contractuales sino que también determina estratégicamente a que sector del mercado dirigirá su mensaje, como y de que forma atraerá la atención del futuro cliente y cuándo es el momento oportuno para capturarlo y sorprenderlo con ventajas contractuales poco claras, no encontramos razón para que este período de reflexión no sea analógicamente aplicado a las situaciones descriptas aún cuando el consumidor formalmente adhiera al contrato en un local de ventas y no desde su propio domicilio.

Dentro de las directivas dadas por la Comisión de Comunidades Europeas en el año 1992 que se avocó al estudio de la problemática que acarrearán a los consumi-

dores la adquisición de una multipropiedad, el art. 7<sup>24</sup> se transformó en el núcleo de la Directiva, ya que constituye el método más eficaz de lucha contra las técnicas de venta especialmente agresivas practicadas hoy en día por numerosas sociedades de tiempo compartido.

La ampliación a veintiocho días del plazo para que el consumidor pueda ejercer su derecho a revocación, en los casos en que los contratos de tiempo compartido sean relativos a bienes inmuebles situados en un Estado miembro diferente al del domicilio del adquirente, no tiene razón para crear incertidumbre en las relaciones jurídicas, puesto que las sociedades serias dedicadas a la comercialización de este servicio, pueden perfectamente programar dicho plazo, mientras que para el consumidor la desición supone la adquisición de derechos reales o de disfrute por un tiempo prolongado.

Finalmente en el año 1994 es dictada una nueva Directiva Europea en la cual se preve un período de reflexión que va desde los diez días a partir de la firma del contrato, hasta los tres meses en caso de existir deficiencias en la información brindada al consumidor.<sup>25</sup>

El período o plazo de reflexión es perfectamente aplicable a estos supuesto y se constituye en un remedio eficaz frente a una política de ventas cada vez más agresiva y desleal.

24. Este art. 7 establece Directivas para los Estados miembros como la obligación de información por escrito al adquirente un plazo de reflexión de entre catorce a veintiocho días, fijación de plazo de reembolso etc.

25. Cons. LIMA MARQUES, C.; "Contratos de Time-Sharing e a proteção dos consumidores. Crítica a o Direito Civil em Tempos pós-Modernos" Trabajo presentado en el Seminario sobre Derecho y Política de Consumo organizado por el Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Cartagena de Indias Colombia abril 1997.

Algunos de los proyectos de Ley de Tiempo Compartido otorgan al consumidor la facultad de revocación de la aceptación dentro de los 5 días, pero están haciendo referencia a un precontrato o a una reserva, mientras que el plazo o período de reflexión o facultad revocatoria de la cual hablamos tiene aplicación directamente sobre el contrato.

## 6. Conclusiones:

Indudablemente el tiempo compartido o multipropiedad plantea problemas prácticos que sólo pueden ser resueltos mediante una legislación específica, que contemple especialmente el derecho de los consumidores a recibir una información transparente, adecuada, oportuna y veraz, que regule lo concerniente a la publicidad y a las técnicas utilizadas para la venta del servicio y que establezca claramente las condiciones contractuales y la naturaleza del derecho adquirido, para evitar así que los más débiles dentro de una relación de consumo se vean sorprendidos en su buena fe.

Siendo en la práctica este sistema un claro ejemplo de la transnacionalización o globalización en la prestación del servicio, creemos que no sólo nos hallamos atrasados legislativamente a nivel nacional, sino que también lo estamos a nivel regional, ya que deberíamos considerar la practicidad de

solucionar los conflictos a nivel del Mercosur<sup>26</sup> por ejemplo mediante directivas al estilo de las dadas en el Mercado Común Europeo.

Llevar adelante un criterio de tal naturaleza permitiría atacar los problemas que presentan estos sistemas vacacionales, a los cuales deben enfrentarse los consumidores regionales en forma coordinada y armónica, evitando las divergencias entre las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

La liberalización y la globalización sumió a las empresas en una competencia local e internacional exacerbada, produciéndose un nuevo y acelerado proceso de concentración y una falta total de previsión y planificación de las inversiones; los recursos invertidos con el único fin de crear nuevas necesidades y ganar un mejor posicionamiento en el mercado, aún utilizando métodos desleales, nos conducen a que tanto en forma individual como social se produzca un despilfarro y se dejen de asignar recursos a la satisfacción de necesidades básicas destinándolos a gastos superfluos, y este comportamiento masivo nos lleva a reflexionar respecto de la posibilidad de hallarnos en la posmodernidad frente a un nuevo daño social a nivel nacional e internacional; superador del tradicional concepto de daño individual.

26. Idem 25.

# "El Sistema de Franchising y la Tutela de los Consumidores y Usuarios en el Derecho Argentino"\*

*Manuel Cuiñas Rodríguez*

Professor de Direito Civil e Comercial da Faculdade de  
Direito da Universidade de Buenos Aires, Argentina

## SUMARIO

1. Consideraciones liminares de aproximación al objeto. Caracterización básica del "Sistema de Franchising".
2. Conceptos claves del negocio.
3. Responsabilidad ante los consumidores y usuarios por daños derivados de productos elaborados defectuosos.
4. Responsabilidad ante los usuarios derivada de la prestación de servicios defectuosos.
5. Responsabilidad ante los consumidores y usuarios por eventuales daños derivados de los riesgos del desarrollo.
6. Reflexiones últimas.

## 1. Consideraciones liminares de aproximación al objeto. Caracterización básica del "Sistema de Franchising".

**D**ifícilmente los ex combatientes norteamericanos del Frente Aliado durante la Segunda Guerra Mundial primero<sup>1</sup>, y el "Henry Ford de las hamburguesas" después<sup>2</sup>, hayan previsto en su día las consecuencias económicas, jurídicas y aún sociales del "Sistema" que en virtud de ellos, principalmente, alcanzó el grado de desarrollo cuantitativo y cualitativo que presenta en la actual posmodernidad.

\* Trabalho apresentado no curso organizado pelo mestrado em direito da UFRGS, I Jornada, sobre dano a pessoa e ao consumidor no direito brasileiro e argentino, 02 e 03 de junho de 1997.

1. Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, Astrea, Bs. As., 1993, pág. 430, donde puede leerse que "la gran expansión que se da en materia de franquicia, se percibe claramente recién después de la Segunda Guerra Mundial, en los EE. UU., cuando se desarrolla el *business format franchising*. Fue la respuesta más adecuada que tuvieron individuos con poca o ninguna experiencia en el manejo de una empresa, para llevar adelante y desarrollar una actividad empresarial, y sortear los innumerables riesgos que ella traía".
2. Nominación metafórica, pero significativa, que, entre otros, asigna Donald D. Boroian a Ray Kroc, artífice del imperio económico "McDonald's"; una sumaria exposición de la historia de este personaje casi mítico puede leerse en la Obra del mismo Boroian, *Las ventajas del Franchising*, Ediciones Macchi, Bs. As., 1993, pág. 72.

Los primeros necesitaban una salida no marginal que les posibilitara reinsertarse laboral y socialmente en la comunidad norteamericana, contando cada uno de ellos a su "regreso a casa" con un capital promedio acumulado de U\$S 20.000 – que en su día representaba un poder adquisitivo muy superior al actual –, que era el resultado del pago, por parte de la Unión, de los servicios bélicos prestados<sup>3</sup>. Sujetos pragmáticos y avizores los invitaron entonces a "estrechar filas" una vez más, pero en esta oportunidad tras la bandera del *Franchising*, casi convirtiéndolos tras ello en auténticos "*self made men*" y en paradigmas del "sueño americano".

El segundo citado, Ray Kroc, deseaba saber porque sus mejores clientes eran sus mejores clientes, de modo de lograr que los que no lo eran lo fuesen. Con tal finalidad acudió en el año 1954 a San Bernardino, California, y contactó a Dick y Mac McDonald. Y prontamente advirtió que era más prometedor dedicarse a pulir y expandir el negocio de "comidas rápidas" que aplicarse a la venta de batidoras<sup>4</sup>.

Con lo que se lleva narrado es suficiente para comenzar a despejar un prejuicio bastante común entre quienes por motivos diferentes, pero encuadrados esencial o mayormente en la órbita del Dere-

cho, tenemos ocasión, deseo o necesidad de aproximarnos al *Franchising*. Esto es considerar que se trata de un contrato o, por mejor decir, de una Forma Moderna de Contratación, lo que si bien es admisible con fines pedagógicos para atribuir su estudio en el ámbito de una asignatura integrante de la Currícula de la Carrera de Abogacía – como ser Contratos Civiles y Comerciales –, no es suficiente para posibilitar una visión amplia, sistémica, del objeto cognoscible por parte del sujeto cognoscente.

En su génesis misma el *Franchising* es un "concepto de hacer negocios", un Sistema de distribución y expansión comercial – el más obsesivamente elaborado y perfeccionado de todos –, una suerte de "marketing de la idea" al decir de algunos<sup>5</sup>, que permite la creación de una "imagen de distribución"<sup>6</sup> en cadena, sea de productos, servicios o derechos de casi cualquier índole, que orquestadamente posibilita impactar en prácticamente todo tipo de mercados a potenciales consumidores o usuarios<sup>7</sup>.

El contrato de franquicia individual será en todo caso una de las herramientas o instrumento final del cual se valdrán formalmente quienes legítimamente aspiren a concretar el referido negocio mercantil<sup>8</sup>.

3. Referido por Adrián Giménez Hutton, en el Curso de Posgrado de *Franchising*, Facultad de Derecho y Cs. Sociales, UBA, 1995. El nombrado es integrante del Directorio de Francorp Argentina, y miembro de la Asociación Argentina de *Franchising*.

4. Kroc tenía los derechos de comercialización de una batidora de cinco ejes denominada "Multimixer", que constituía su "producto de venta".

5. Santini, Gerardo, *El Comercio. Ensayo de Economía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 86 y sgtes.

6. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 455.

7. Boroian explica que "para entender el éxito del *Franchising*, se debe comprender primero que significa: el *Franchising* es una estrategia de crecimiento comercial única regida por un conjunto de reglas únicas", *Las ventajas del Franchising*, Ediciones Macchi, Bs. As., 1993, pág. 13.

8. "El contrato, como herramienta jurídica de acceso a los bienes y servicios .....", Ghersi, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Bs. As., 1994, Tº I, pág. V. Las licencias, permisos de utilización, manual de operaciones, etc., serán otras, vinculadas a aquél.

Podrá pensarse que lo anterior es predicable de casi toda figura contractual, y se estará probablemente en lo cierto. Pero en pocos casos como en el del *Franchising* el Derecho Contractual *strictu sensu* se ve "excedido" por el fenómeno económico; de ahí que comprenderlo así sea determinante para poder "aprehenderlo" jurídicamente de modo de no desnaturalizarlo por un lado, y adecuarlo a las exigencias y estándares sociales por el otro.

Como consecuencia de su éxito comercial, el *Franchising* "constituye uno de los acontecimientos económicos más significativos del siglo XX"<sup>9</sup>, lo que ha posibilitado a quienes se dedicaron a este emprendimiento – franquiciantes, principalmente, y también franquiciados – el conseguir una también significativa acumulación y reproducción del capital originalmente invertido<sup>10</sup>.

La Doctrina científica que en el ámbito del Derecho ha abordado el fenómeno del *Franchising* se ha ocupado de intentar sistematizar, y en forma no siempre coincidente, las distintas clases o clasificaciones del *Franchising*<sup>11</sup>. Básicamente puede enunciarse como posibles variantes el *Franchising* de producto, el *Franchising* de servicio, el *Franchising* de marca registrada,

el *Franchising master*, el *Franchising* de conversión y el *Franchising* de empresa o *business format Franchising*. Este último es precisamente la "franquicia en sentido propio"<sup>12</sup>, y constituye la forma más evolucionada, perfeccionada y abarcadora del *Franchising*<sup>13</sup>, comprensiva de elementos tales como la licencia de uso de marcas, la transmisión del *know how to do it* – saber como hacer –, asistencia técnica del franquiciado, plan de publicidad, régimen de pago de derechos y regalías, etc., y ella será por tales motivos la que se tendrá principalmente en consideración en orden al análisis en el presente trabajo de los distintos tipos de responsabilidades de franquiciante y franquiciados en relación a consumidores y usuarios, cuyos resultados son perfectamente extrapolables a las otras clases de *Franchising* enunciados. Naturalmente que en tanto sea imprescindible metodológicamente referirse a alguna forma del *Franchising* en especial así se lo destacará y, de ser necesario, se procederá a la descripción de sus notas características típicas.

Hace también al tema convocante destacar *ab initio* algunos de los caracteres o notas esenciales del contrato de franquicia individual.

9. Boroian, Donald D., *Las ventajas de Franchising*, Ediciones Macchi, Bs. As., 1993, pág. 21.

"Luego de 20 años, el valor de una sola acción – de McDonald's – había aumentado aproximadamente 175 veces el precio de la oferta inicial", Boroian, Donald D., *Las ventajas de Franchising*, Ediciones Macchi, Bs. As., 1993, pág. 28.

11. Ver Chervin de Katz, Marta, *¿Qué es el Franchising?*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 11 y sgtes.; Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 457 y sgtes.; Kleidermacher, Jaime L., *Franchising*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 105 y sgtes.; Ghersi, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Bs. As., 1994, Tº II, pág. 41 y sgtes.; Zaldívar, Enrique, *Acotaciones sobre el contrato de "franquicia"*, LL-1992-B-1143.

12. Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios inemacionales*, Astrea, Bs. As., 1993, pág., 440.

13. Llamada también "negocio llave en mano o paquete", Zullo, Nicolás S. R., *Franquicia o concesión*, en Boletín Económico de La Ley, 26-06-90, citado por Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 457.

Una de esas notas es el carácter fiduciario o de confianza que presenta el contrato en sí<sup>14</sup>. Es que dada la estrechez de múltiples relaciones que vincularán a las partes o centros de interés económica y jurídica, de no existir tal confianza no se involucrarían al grado que deben hacerlo para aspirar al éxito en el emprendimiento común. Y esta nota tendrá inclusive relevancia en la etapa poscontractual, una vez extinguidos los efectos principales de la relación convencional vinculante – verbigracia, no develación por parte del franquiciado del *know how* al que hipotéticamente haya tenido acceso –.

El rasgo fiduciario va conectado inescindiblemente a las personas del caso; de ahí que ello, junto con otras cualidades requeridas de las mismas, determine que la franquicia sea “inherente a las personas” recíprocamente escogidas, o *intuitu personae*. Al franquiciante le interesará un determinado perfil de franquiciado para integrar y prestigiar a su red o cadena, y al franquiciado potencial le interesará un determinado “estilo de hacer negocios” y no otro ergo, le interesará un franquiciante y no otro. Las obligaciones emergentes del perfeccionamiento del contrato deberán ser particularmente cumplidas, y de un modo determinado y esperado, por ciertos suje-

tos de derecho y no por otros. Esto está receptado normativamente en los arts. 498, 626, 730, 1195 y 1196 Cód. Civil, entre otros, y si bien mayormente el carácter indicado es de aplicación a las obligaciones de hacer no fungibles, también hay inherencia a la persona en cuanto a las obligaciones de no hacer especificadas en la franquicia individual, toda vez que quien debe abstenerse, por hipótesis de ejemplo, de divulgar secretos integrantes del *know how* y eventualmente de competir con el franquiciante, es el franquiciado en cuestión y no otra persona física o jurídica distinta de él<sup>15</sup>.

Por lo general se prevé expresamente a nivel convencional que el franquiciado no podrá ceder su posición contractual en relación al franquiciante, salvo expreso consentimiento de este último<sup>16</sup>, lo cual reafirma la inherencia a su respecto. En sentido inverso nada se contempla habitualmente. Pero va de suyo que la inherencia del franquiciante, en caso de tratarse de una persona jurídica, que es la regla, tiene relación con su estructura y estilo negocial, y no con la composición circunstancial del capital accionario ni con las personas físicas que dirigen o administran a la Sociedad en determinado momento<sup>17</sup>. Es por ello que alguna Doctrina entiende este carácter en

relación al franquiciante como *intuitu instrumenti* o inherencia relativa a las aptitudes técnicas y eficacia de la Empresa en cuestión<sup>18</sup>.

Otra característica típica de la franquicia individual es la de conformarse a través de un contrato estándar o uniforme, de aplicación para todos los potenciales adherentes a la red, cuyo contenido son cláusulas predisuestas por el franquiciante, las que dada su inmodificabilidad asumen el rol de condiciones generales de contratación o condiciones negociales generales, lo que determina que cada franquicia otorgada constituya un contrato por adhesión<sup>19</sup>, en el cual la clásica “libertad de contratación” decimonónica, en relación al potencial franquiciado, carecería de uno de sus componentes, esto es la posibilidad de convenir paritariamente el contenido contractual<sup>20</sup>. La finalidad misma del *Franchising* impone lo descripto, en orden a preservar el estilo negocial propuesto, y a su turno impuesto, por el franquiciante; en definitiva es la uniformidad la que posibilitará consolidar una “imagen de distribución” determinante del éxito de las partes vinculadas convencionalmente, susceptible de ser

lograda sólo a través de la adhesión<sup>21</sup>. Desde luego que lo descripto es extensible al Manual de Operaciones, al cual necesariamente remitirá el contrato de franquicia individual, y en donde estarán minuciosamente detallados todos los aspectos operativos del negocio en sí.

También la bilateralidad es una nota tipificante de la franquicia, en el sentido de que “las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra” – art. 1138, *in fine*, Cód. Civil –. Pero si bien entonces en lo interno de la relación convencional puede postularse que franquiciante y franquiciado son partes o centros de interés en un “negocio jurídico de cambio”, dado que hay contraposición de intereses –verbigracia, percepción de derecho de ingreso y regalías para el franquiciante, a “cambio” del negocio “llave en mano” para el franquiciado–, en lo externo hay una evidente yuxtaposición de intereses tendiente a la obtención del éxito comercial y económico de todos los integrantes de la red, lo que permite afirmar que se está en presencia, analizado ello “desde afuera” principalmente, de un contrato plurilateral o de organización<sup>22</sup>.

14. Kleidermacher, Jaime L., *Franchising*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 136.

15. Parecería que, en contra de lo expresado, Oscar Ameal considera sólo *intuitu personae* a las obligaciones de hacer no fungibles, conf. Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar J. y López Cabana, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1984, Tº II, pág. 142.

16. Es más prudente la prohibición categórica, dado que ante un eventual desacuerdo luego de celebrado el contrato, y de acudir a sede judicial, el eventual Juzgador en virtud de la atipicidad de la figura de la franquicia podría verse tentado a aplicar lo prescripto en el art. 1598, Cód. Civil, en íntima conexión con el art. 1071 del mismo Cuerpo normativo.

17. Ray Kroc falleció en 1984; ya antes de eso, pero principalmente después, Fred Turner controlaba McDonald's, y ello no detuvo el ritmo de crecimiento de la red y ni siquiera fue advertido, de seguro, por la mayor parte de los franquiciados dado que el “estilo” permaneció esencialmente inalterado; conf. Boroian, Donald D., *Las ventajas del Franchising*, Ediciones Macchi, Bs. As., 1993, pág. 73.

18. Citado ello por Kleidermacher, Jaime L., *Franchising*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 134, quien entiende que el contrato de franquicia no es *intuitu personae* en relación al franquiciante y, en ciertos tipos de *Franchising*, tampoco en relación al franquiciado.

19. Para profundizar en estos conceptos puede verse Fatina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 55, en especial, y sgtes.

20. Sólo excepcionalmente, y por lo general atendiendo a circunstancias objetivas, v.gr.: zona geográfica, y mayormente en los inicios de la conformación de la red en determinado mercado, serían posibles y hasta convenientes diferencias de contenido contractual en relación a cuestiones no principales del negocio, v.gr.: precios indicativos ligeramente diferenciados, distintos montos de derechos de ingreso a la red y/o de regalías periódicas, no imperatividad de compra a determinados proveedores por razones de costos comparativos atendiendo a las distancias, etc..

21. “Es la uniformidad del producto y el control de su calidad y distribución lo que causa la atención del público hacia los negocios de franquicia que lo comercializan” (del *leading case* “Susser vs. Carvel Corp.”), citado por Kleidermacher, Jaime L., *Franchising*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 140, nota 132.

22. Puede verse al respecto lo expuesto por Isaac Halperin en *Curso de Derecho Comercial*, Depalma, Bs. As., 1982, Vol. 1, pág. 211, en especial la cita de Brunetti.



Y lo anterior se conecta con otro rasgo definitorio de la franquicia, esto es que se trata de un contrato de colaboración comercial<sup>23</sup> por requerirse de la acción común de las partes para lograr juntos lo que no les resultaría posible por separado<sup>24</sup>. Pero es relevante destacar sin embargo, que en ocasiones tras la cooperación formal se esconde una dominación sustancial<sup>25</sup>, y esto es precisamente lo que se da en el *Franchising*, dado que es el franquiciante *co-operante* quien dirige al franquiciado *co-operado*, pese a ser este último un sujeto de derecho formalmente independiente a nivel jurídico. Por ello Farina cita a Álvaro Ortiz de Zárate y advierte que ..... “en la realidad de los hechos es el *franchisor* quien impone las condiciones y el *franchisee* se somete”<sup>26</sup>.

No es ocioso referir enunciativamente algunos de los deberes que asume convencionalmente el franquiciante, los que tendrán como contrapartida – dada la bipolaridad de la obligación en sentido técnico jurídico – derechos en cabeza del franquiciado<sup>27</sup>. Aquellos pueden ser: a) cesión de licencia de uso de marca; b) redacción y entrega del Manual de Operaciones; c) entrenamiento del franquiciado y de su personal; d) transmisión del *know how*; e) transmisión de estándares de calidad y servicio; f) asistencia permanente a nivel de compras, gerenciamiento, ventas y en el

plano de lo técnico y contable, etc.; g) implementación del plan de publicidad; h) actualización del Plan Negocial; etc..

También tendrá el franquiciante derechos específicos en relación al franquiciado, siendo algunos de los más habituales: a) percepción de derechos y regalías; b) imposición del sistema contable; c) información constante de la evolución de la ejecución del Plan Negocial, y de la situación económica y financiera del franquiciado; d) fijación de precios indicativos u obligatorios; e) determinación de proveedores de insumos; f) elección y/o aprobación del sitio físico en donde se instalará el establecimiento mercantil; g) exigencia e imposición efectiva de disciplina de grupo; h) determinación de pautas poscontractuales en orden a no utilización de marca, no revelación del *know how*, no competencia, etc., por parte del franquiciante; i) control permanente del franquiciado ejercido a través de la supervisión, dirigido a la detección de incumplimientos contractuales o fallas en la ejecución del Plan Negocial y a la evitación de perjuicios sobrevinientes para la red en general, y para el propio franquiciante en particular; etc.

Amerita que también se haga notar que la clásica Responsabilidad Civil tiene

como sucedáneo posmoderno al Derecho de Daños; y ello no en virtud de sutilezas nominativas sino porque ha variado el norte. Antes se centraba el sistema de la Teoría General de Responder en torno al agente causal del daño, victimario, dañador, perjudicante o incumpliente; ahora la diana es el costado de la víctima, dañado, perjudicado o defraudado. De ahí que se haya cambiado “el sentido de la responsabilidad-sanción hacia la responsabilidad-reparación”<sup>28</sup>. Ello aparejó como consecuencia – no única – privilegiar el binomio “víctima-relación de causalidad” por sobre el integrado por el par “victimario – factor de atribución”. Y todo ello enderezado a posibilitar el resarcimiento de todo daño que se halle en relación de causalidad adecuada con el incumplimiento objetivo, material o antijurídico, más allá de que se pueda imputar o no a nivel estrictamente subjetivo.

Para finalizar este punto del análisis, y aún a riesgo de incurrir en una verdad de Perogrullo, es relevante destacar que si bien el *Franchising* como Sistema Negocial tiene como interesados directos a franquiciantes y franquiciados, hay también interesados indirectos como ser los terceros cocontratantes de la cadena – no consumidores ni usuarios –, esto es, verbigracia, entidades financieras, empresas proveedoras de insumos o productos elaborados, agencias publicitarias, locadores de bienes muebles e inmuebles, prestadores de distintos servicios – de seguridad, transporte, limpieza, mantenimiento, etc.–, y otros más. Y los consumidores y usuarios serán, en de-

finitiva, los destinatarios finales de todo este entramado negocial logrado a través de complejas y yuxtapuestas redes contractuales, las que gestadas por el franquiciante, y aceptadas por los franquiciados y los terceros cocontratantes de la cadena ya referidos, tienen por norte la penetración del mercado de oferta masiva de bienes y servicios.

Y ello no debe perderse de mira, en orden a no parcelar y acotar indebidamente el análisis del eventual juego de responsabilidades sobrevinientes en relación a los potenciales consumidores de productos y usuarios de servicios, comercializados a través del Sistema sobre el que se viene discutiendo.

## 2. Conceptos claves del negocio.

Para develar el eventual juego de responsabilidades que los artífices primeros del Sistema de *Franchising* – franquiciante y franquiciados – pueden llegar a tener ante los consumidores o usuarios que devengan en dañados por la actividad propia de la cadena negocial, se torna imprescindible un mínimo abordaje de conceptos claves del Sistema de *Franchising* como ser, entre otros, el de poder, control, posición o influencia dominante, dependencia y actividad económica.

El *Franchising* es, desde adentro y hacia afuera, una “estructura empresarial

23. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 455.

24. Característico también de figuras como el *Joint Venture*.

25. Susceptible de darse también en otros tipos de contrataciones, sobre todo cuando los Derechos intelectuales son objeto mediato de las mismas, como ser en los Contratos de Cooperación Tecnológica.

26. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 455.

27. Para derechos y deberes de las partes puede consultarse a Farina, Juan M., Astrea, *Contratos comerciales modernos*, Bs. As., 1994, págs. 459 y sgtes. y Kleidermacher, Jaime L., *Franchising*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, págs. 151 y sgtes..

28. Ghersi, Carlos A., *Modernos conceptos de Responsabilidad Civil*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1995, pág. 112.

de integración”<sup>29</sup>. Y la forma utilizada para configurarla es piramidal y vertical, vale decir que el poder está concentrado en el vértice superior, y es ejercido desde arriba hacia abajo.

La actuación específica de ese poder se da a través del control que convencionalmente se reserva el franquiciante, en relación a los franquiciados, al momento de otorgar las franquicias individuales. Y si por poder se entiende la aptitud, capacidad o energía que tiene un sujeto para lograr determinados fines<sup>30</sup>, el control sería el instrumento o la técnica patente de la cual se valdría el franquiciante en orden a la consecución de aquéllos<sup>31</sup>, algunos también patentes – v.gr.: defensa de la imagen del Sistema en su conjunto, protección de las variables configurantes del Plan Negocial determinantes del éxito, etc.–, y otros latentes – v.gr.: expectativa de elevada ganancia a riesgo mínimo, evitar a través de los franquiciados agresiones patrimoniales de terceros, etc.–.

Al respecto, “dice Champaud que la palabra ‘control’ se ha convertido en sinónimo de ‘sometimiento’, pero ..... lo cierto es que hoy se la utiliza en la misma acepción inglesa, es decir, como análogo de ‘poder de dominación’”<sup>32</sup>. Puede entender-

se también al control, genéricamente, como “el acto o el hecho de tener poder o autoridad para guiar o manejar algo con un objetivo determinado”<sup>33</sup>.

La influencia dominante por su parte sería el efecto o consecuencia del ejercicio concreto del referido control por parte del sujeto activo del mismo, en el caso el franquiciante.

Y así como el control, derecho-deber del franquiciante, es causa jurídicamente relevante del deber de responder ante los propios franquiciados, sea por su omisión o por su ejercicio indebido por parte de aquél, también podrá serlo, eventualmente, en relación a los cocontratantes de los franquiciados, incluidos los consumidores y usuarios.

En el marco de lo teórico pueden distinguirse dos tipos básicos de control. Uno denominado control interno, jurídico o de derecho, y otro llamado externo, económico o de hecho<sup>34</sup>. El primero estará dado, fundamentalmente, por la participación del sujeto controlante en el capital social de la controlada, de modo de poder decidir el actuar de esta última a través de la emisión del voto que permita en alguna forma direccionar la voluntad social de la misma,

29. Significativamente ese es el título del Capítulo XXVIII de la Obra de Ghersi, Carlos A. y otros, *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Bs. As., 1994, pág. 25, en donde se incluye el estudio del *Franchising*, los *Joint Ventures*, *Hipercentros de consumo*, y otras estructuras empresariales mercantiles contemporáneas.

30. Conf. Bidart Campos, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Bs. As., 1984, pág. 77.

31. Conf. Kleidermacher, Jaime L., *Franchising*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 201.

32. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *Aproximación al Franchising. Especial referencia al régimen de la responsabilidad civil, en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, Tº II, pág. 289.

33. Santillán, Jorge Mario, *Las sociedades controladas y la reforma de la ley 22.903*, RDCO-1984-733.

34. Conf. Verón, Alberto V. y Zunino, Jorge O., *Reformas al régimen de sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 1984, págs. 37/8; también Santillán, Jorge Mario, *Las sociedades controladas y la reforma de la ley 22.903*, RDCO-1984-734 y sgtes..

en caso de tratarse de una persona jurídica mercantil; o por la posibilidad de dirigir al controlado en su accionar merced a la potestad jurídica que la relación le otorga al controlante – verbigracia, relación laboral –, de ser de una persona física la controlada. El segundo estará caracterizado por situaciones fácticas e imposiciones contractuales que, sin afectar la identidad jurídica de la persona controlada, permiten al controlante someterla a sus designios – yacentes o subyacentes – “desde afuera” de la misma<sup>35</sup>. “Es dentro de esta situación que enmarca, en muchos aspectos, el ..... *Franchising*”<sup>36</sup>.

El ejercicio del poder del franquiciante a través del control, cuyo efecto es la influencia dominante, genera en el o los franquiciados una clara situación de dependencia, entendida esta en sentido lato como “subordinación a un poder mayor”<sup>37</sup>. Es que depender implica genéricamente “estar subordinado, ser condicionado por alguien o algo, quedar al arbitrio de una voluntad, estar atenido a un recurso solo”, conforme se describe en las primeras cuatro acepciones del término recogidas por la Real Academia Española<sup>38</sup>; y estas posibles situaciones son coprotagonizadas por los franquiciados, las más de las veces, en virtud del juego propio de los mecanismos que ha ideado y predispuesto el franquiciante,

en pro de la operatividad de la red por él creada.

Subordinación evoca “sujeción a la orden, mando o dominio” de otro<sup>39</sup>. Y si bien en el *Franchising* formalmente no hay subordinación jurídica directa porque el franquiciante no puede dirigir derechamente la actividad del franquiciado, sino que sólo puede hacerlo indirectamente a través del control – las más de las veces externo y posibilitado por las previsiones convencionales del contrato de franquicia individual –, no hay duda que en la abrumadora mayoría de los casos habrá una clara subordinación técnica y económica de los franquiciados.

La subordinación técnica del franquiciado se dejará evidenciada en los contenidos del Manual de Operaciones, los cuales pueden ser variados por el franquiciante en el curso de la ejecución contractual merced a previsiones expresas contempladas en el contrato de franquicia individual. Esto será más patente en las formas más evolucionadas del *Franchising*, como ser el *business format*, pero en menor –pero aún importante– medida estará presente en casi todas las variantes contractuales del negocio – “evidenciándose” de modos distintos –.

La subordinación económica está configurada por un lado por la disparidad

35. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *Aproximación al Franchising. Especial referencia al régimen de la responsabilidad civil, en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, Tº II, pág. 289.

36. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *Aproximación al Franchising. Especial referencia al régimen de la responsabilidad civil, en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, Tº II, pág. 290.

37. *Diccionario de la Lengua Española*, XXI Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992, pág. 482.

38. *Diccionario de la Lengua Española*, XXI Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992, pág. 482.

39. *Diccionario de la Lengua Española*, XXI Edición, Espasa Calpe, Madrid, 1992, pág. 1355.

patrimonial que a su favor presenta el franquiciante en relación al franquiciado las más de las veces, lo cual hace que éste aspire a compartir parte del éxito comercial y económico de aquél, mas no a igualarlo, lo cual da al franquiciante un mayor poder negociador a la hora del otorgamiento de la franquicia respectiva. Y por otro lado el negocio en sí está pensado e instrumentado *ab initio* para que la tasa del ganancia del franquiciante sea siempre mayor en términos absolutos que la de cada franquiciado en particular; es que el franquiciante se aprovecha del éxito de un número de franquiciados normalmente muy superior a "uno", mientras que usualmente el franquiciado contará con el rédito económico de la o las franquicias que le sean otorgadas y que, numéricamente, serán habitualmente menores a las totales de la red<sup>40</sup>.

Desde luego que la indirecta subordinación jurídica, y la evidente subordinación técnica y económica no son configurantes *per se* de un contrato de trabajo ni de una relación de trabajo en términos del Derecho Laboral. Ello porque el franquiciado será las más de las veces una persona jurídica, no tendrá subordinación jurídica directa, y la actividad que desarro-

llará no será en el exclusivo favor, beneficio o interés del franquiciante sino del propio, y el resultado económico que obtenga de la actividad realizada no será "remuneración" sino "ganancia", dado el carácter "asociativo no societario" del contrato de franquicia individual – arg. arts. 21 y 22, Ley de Contrato de Trabajo –. Esto no será óbice para que, verbigracia, en determinados *Franchising* de conversión no se pueda considerar a los supuestos franquiciados dependientes directos del franquiciante, en caso de que sea comprobable que los contratos de franquicia tuvieron por finalidad licuar potenciales pasivos indemnizatorios provenientes de eventuales acciones laborales o imposibilitar la aplicación de las normas tuitivas propias del Derecho Laboral, en cuyo caso serán nulos – arg. art. 14, Ley de Contrato de Trabajo –; pero esto será normalmente la excepción y no la regla del norte negocial del Sistema.

Paralelamente no puede dejar de considerarse que el *Franchising* es un Sistema negocial que permite al franquiciante obtener provecho patrimonial a través de la actividad económica directa de terceros, esto es de los franquiciados; pero esta actividad económica de los franquiciados es inducida y organizada por el

40. Ello permite la paulatina absorción de los franquiciados por parte de los franquiciantes; conf. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, 1994, pág. 461, parágrafo 324. Sin embargo Kleidermacher, Jaime L., en *Franchising*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 203, nota 227, relativiza la diferencia de fuerza económica entre franquiciantes y franquiciados y ejemplifica con la firma Pizza Management Inc. de San Antonio indicando que la misma regentea 233 franquicias de Pizza Hut, taco Bell y otras en varios Estados norteamericanos, las Islas Vírgenes, España y Puerto Rico, y que en 1990 facturaba casi U\$S 150 millones anuales. Así como Pizza Management Inc. de San Antonio "está detrás" de 233 franquicias en distintos puntos del mundo, PepsiCo Inc. "está detrás" de todas las franquicias de Pizza Hut y Taco Bell en distintos puntos del mundo – ver Boroian, Donald D., *Las ventajas de Franchising*, Ediciones Macchi, Bs. As., 1993, pág. 17-, y de seguro que la sola comparación "vis a vis" de la facturación anual de PepsiCo como franquiciante de las dos cadenas mencionadas en todo el mundo superará ampliamente la de Pizza Management Inc. como franquiciado de las mismas; sin contar desde luego el producido por otras cadenas de *Franchising* de las cuales PepsiCo también es titular, como Kentucky Fried Chicken, y el de las mismas gaseosas que vende y distribuye universalmente.

franquiciante, tal como se advierte por lo que se lleva escrito. Y si bien es cierto que el sistema de economía capitalista – el nuestro – tiene como característica el traslado del riesgo económico "hacia adelante"<sup>41</sup>, no es menos cierto que en orden a determinar eventuales "responsables" debe tenerse también presente que ese mismo sistema económico posibilita mayor obtención de beneficios y acumulación de capital al franquiciante<sup>42</sup>, por lo cual resulta axiológicamente adecuado – y normativamente posible y plausible como se verá – que quien "idea" una actividad económica y la realiza indirectamente a través de terceros, lucrando de ese modo mucho más de lo que podría hacerlo actuando por sí mismo, deba eventualmente responder ante quienes – entre otros – contraten con los franquiciados para posibilitar tal actividad<sup>43</sup>.

A propósito de lo que se está tratando, se ha escrito acertadamente que "quien tiene poder económico tiene responsabili-

dad"<sup>44</sup>, y que ya "puede darse a la luz el verdadero factor de atribución del final del siglo: la actividad económica en si misma"<sup>45</sup>, debiéndose paulatinamente "descubrir el velo" de ella por ser un "gran factor de atribución en la causación de daños"<sup>46</sup>, configurándose instrumentalmente a través de "agrupaciones económicas de control"<sup>47</sup>, como es el caso del *Franchising*.

### 3. Responsabilidad ante los consumidores y usuarios por daños derivados de productos elaborados defectuosos.

El *Franchising*, como Sistema negocial de base contractual, puede tener por objeto inmediato real o sustantivo a cosas, entendido ello en el sentido técnico jurídico específico de "objetos materiales susceptibles de tener un valor" – art. 2311, Cód. Civil –. Y tales cosas –pasibles de ser comercializadas por medio de la cadena de distribución instrumentada a través de

41. Conf. Ghersi, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Bs. As., 1994, Tº II, pág. 45.

42. Conf. Ghersi, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Bs. As., 1994, Tº II, pág. 47.

43. No me resulta desconocido que se han cuestionado este tipo de razonamientos en un trabajo de Bohmer, Martín Federico, *El análisis del Franchising. Una crisis metodológica*, LL-1992-B-1224 y sgtes., los cuales han sido postulados por plumas mucho más autorizadas que la mía como las de Aída R. Kemelmajer de Carlucci, Carlos A. Ghersi y Jorge Mosset Iturraspe entre otros. Respecto a esto no puedo dejar de destacar que siempre el "plano del ser" es el que determina las consecuencias a deducirse del "plano del deber ser", esto es, a diferentes realidades subjetivas u objetivas – v.gr.: económicas –, diferentes consecuencias normativas – v.gr.: imputación diferenciada de responsabilidades –. Y ello está consagrado expresamente en muchas disposiciones del Derecho positivo argentino –v.gr.: arts. 520, 521, 888, 889, 902, 904, 905, 907, 909, 954, 1113, párr. 1º, 1198, párr. 2º a 5º, 1204, párr. 2º a 4º, 2170, 2176, 3999 y 4015, Cód. civil, entre otras-, en orden a permitir seguramente la consagración axiológica del valor "equidad".

44. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., *Aproximación al Franchising. Especial referencia al régimen de la responsabilidad civil, en Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990, Tº II, pág. 310.

45. Ghersi, Carlos A., *La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad*, en *La Responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 352.

46. Ghersi, Carlos A., *La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad*, en *La Responsabilidad. Homenaje a Isidoro Goldenberg*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 358.

47. Ghersi, Carlos A., *Contratos civiles y comerciales*, Astrea, Bs. As., 1994, Tº II, pág. 45.

franquicias comerciales – pueden causar daños a quienes las consuman o utilicen. De allí el abordaje en este acápite de la cuestión relativa a los productos elaborados defectuosos.

Téngase presente que, tratándose del *Franchising*, los productos serán siempre elaborados por el franquiciado, siguiendo para ello las instrucciones dadas por el franquiciante. Esta es una de las notas distintivas del *Franchising* en relación a otros Sistemas de distribución comercial, como ser la Agencia, la Distribución – en sentido específico – y la Concesión privada. En estos últimos mecanismos de comercialización ni el agente, ni el distribuidor, ni tampoco el concesionario, fabrican el producto que expenden.

Pues bien, tal como análogamente supo señalar en su día el jurista mexicano Jorge Barrera Graf<sup>48</sup>, así como a comienzos del presente siglo surgió con vigorosa aspiración de autonomía el Derecho del Trabajo como capítulo del Derecho Social, estando próximo a finalizar el mismo se destaca en igual sentido el Derecho del consumidor y del usuario, que tiene por diana de estudio a la “relación de consumo o uso”, como categoría o correlato paralelo o equivalente de la “relación de trabajo” propia del Derecho laboral.

En virtud de su trascendencia tal “relación de consumo” fue receptada normativamente en la Argentina por la llamada Ley de Defensa del Consumidor N°

24.240 primero – en adelante LDC –, y por la propia Ley Fundamental después – art. 42, Constitución Nacional –.

La necesidad del abordaje de la referida “relación de consumo” surge como consecuencia de la posibilidad de producción seriada y a gran escala en el ámbito de la industria, con motivo, fundamentalmente, de la implementación generalizada del sistema fordista primero, y posfordista después<sup>49</sup>.

Con la finalidad de colocar en el mercado de consumo los bienes producidos se induce a la adquisición masiva de los mismos a través de la “publicidad comercial”, la que por cierto no se distingue en la actualidad de la otrora denominada “propaganda”, dado que más que “hacer saber” se busca “convencer”. De allí que aún antes de la existencia misma de la LDC – que virtualmente derogó, en el ámbito del Derecho del consumidor y del usuario, los arts. 1148 del Cód. Civil y 454 del Cód. de Comercio, haciendo que la oferta a persona indeterminada al igual que lo “anunciado” publicitariamente sea vinculante; conf. arts. 7 y 8 de LDC y del Dto. 1798/94-, plumas autorizadas hayan postulado que “la publicidad inductiva integra la relación contractual”<sup>50</sup>.

Inducida o despertada masivamente la necesidad del consumo o del uso, se incrementa geométricamente y en un espiral ascendente la demanda de bienes y servicios. Con la finalidad de satisfacer tal

demanda, aumentadora en términos reales del lucro posible del productor o prestador, se incrementa el ritmo de la producción. Y el efecto colateral no deseable, pero verificable, es el incremento proporcional de los defectos de fabricación e implementación, lo que introduce en la sociedad global mayores riesgos para los destinatarios finales de los bienes o servicios, esto es los consumidores o usuarios.

Al respecto, la autorizada pluma de Jorge Bustamante Alsina – quien fue seguramente el primero en ocuparse en Argentina de estos temas – ha escrito que “lo expuesto aparece actualmente como un riesgo social que se acrecienta, dada la fabricación en serie de objetos de todo tipo destinados al uso y al consumo, favorecidos por una tecnología que facilita la producción en masa y que, por ello mismo, no obstante las medidas de control y seguridad que se adopten, arrojan un alto porcentaje de productos que entran al proceso de comercialización en deficientes y peligrosas condiciones”<sup>51</sup>.

Se ha dicho también que “todos estos factores han creado una situación de vulnerabilidad del consumidor, quien se ha visto enfrentado al poderío económico y jurídico de los productores, que lo coloca en una condición similar a la del proletario creado por el capitalismo industrial del siglo XIX, y que han llevado a la necesidad a nivel mundial de incluir, en sus ordenamientos legales, normas tendientes

a proteger al consumidor frente a los daños ocasionados por productos elaborados”. Naturalmente que “han acelerado el proceso de búsqueda de soluciones jurídicas idóneas, los abusos registrados en la elaboración de productos de uso y consumo masivo, desde los productos comestibles en mal estado (recordamos en este punto la intoxicación masiva de 25.000 personas en España provocada por la ingestión del aceite de colza), los productos farmacéuticos (como el resonado caso de la droga talidomida, el producto medicinal Softenol, causante del nacimiento de niños con malformaciones), etc. Más recientemente, han ocurrido algunos episodios que han conmocionado a nuestra sociedad en casos de diversos productos comestibles en mal estado, vinos adulterados, etc., todos con dramáticas consecuencias”<sup>52</sup>.

Es bueno remarcar que en lo atinente a los productos elaborados, se focalizará el abordaje en orden a establecer el mecanismo jurídico posible de resarcimiento de daños del que podrán eventualmente echar mano los consumidores o usuarios, ante perjuicios padecidos en su persona o en el resto de sus bienes, derivados de defectos intrínsecos o de presentación de productos manufacturados que hayan sido a su turno “objeto inmediato real o sustantivo” de contratación de consumo o uso.

Distinta cuestión es la relativa al daño que potencialmente sufra la cosa misma objeto de tal contratación en virtud de

48. La responsabilidad del producto en el derecho mexicano, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 11, N° 64, Agosto '78, pág. 702.

49. Conf. ello en Ghersi, Carlos A., Contratos civiles y comerciales, Astrea, Bs. As., 1994, T° I, págs. 6 a 21.

50. Conf. Ghersi, Carlos A., La publicidad inductiva integra la relación contractual, JA-1989-II-939.

51. Bustamante Alsina, Jorge, Responsabilidad civil por productos elaborados en el Derecho Civil argentino, LL-143-870.

52. Weingarten, Celia, Responsabilidad por productos elaborados, en Ghersi y otros, Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores, Organización Mora, Bs. As., 1994, p. 112.

su defecto intrínseco que la haga impropia para su destino, tema que no será analizado en este trabajo.

Ahora bien, mucho antes del auge de la Semiótica y de la Filosofía Analítica, en su día supo decir Francois Arouet de Voltaire que "si queréis conversar conmigo, definid primero vuestros términos", y sobre el punto mucho ha trabajado en la Ciencia de Derecho el maestro Genaro Carrió quien alertara acerca de la ambigüedad, la vaguedad y la textura abierta como defectos típicos y abarcadores de los lenguajes natural y normativo. Es conveniente especificar entonces, que por "producto elaborado" se entiende toda aquella cosa que es el resultado de la transformación de otras cosas por la actividad del hombre aplicada a las mismas<sup>53</sup>. Por su parte Farina propone como concepto que "por producto elaborado se entiende toda cosa mueble, natural o industrial, destinada a la comercialización, en cuyo proceso de creación, transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso haya intervenido la actividad humana, sin olvidar que también cabe ubicar dentro de este concepto a los productos naturales, pues requieren de la intervención del hombre, tanto en lo relativo a su desarrollo (p. ej., la aplicación de fertilizantes, etc.) como a su conservación, fraccionamiento o envasado"<sup>54</sup>.

En otros términos, y teniendo presente lo normado en la LDC, puede

enunciarse que producto elaborado será todo bien mueble -o inmueble nuevo destinado a vivienda en caso de primera venta, arg. art. 1º, inc. C, Ley 24.240- que haya sufrido al menos, previo a su ingreso al mercado de consumo o de uso, una transformación o mínimo proceso industrial o artesanal. -

El producto elaborado de que se trate, para ser considerado "defectuoso", debe ser portador latente de un "vicio" que determine su "potencialidad dañosa" para la persona o los bienes del consumidor o usuario. Vicio será todo defecto oculto - desde la óptica del consumidor o usuario - de la cosa que la haga impropia para su destino. Por ello se ha sabido definir el vicio originante de la responsabilidad aquí tratada como "toda deficiencia del producto que lo torna potencialmente dañoso, no obstante su uso o consumo adecuado"<sup>55</sup>. Acertado es asimismo lo que destaca Farina, en el sentido de que el elaborador o vendedor del producto "ha de responder por los daños derivados no sólo del producto, sino también de una información deficiente o incorrecta en cuanto a su uso o empleo"<sup>56</sup>.

Especial mención merecen, dentro de las posibles consecuencias nocivas originadas por un producto elaborado defectuoso, los daños que pueden ser irrogados a la salud o seguridad del consumidor. Al respecto Andorno ha afirmado elocuentemente que "se trata de un capítulo de gran trascendencia en el denomi-

nado Derecho de Daños y una de las cuestiones de mayor importancia dentro del campo de los derechos del consumidor"<sup>57</sup>. No por casualidad ello ha sido expresa y primeramente contemplado, entre otros derechos, en el art. 42 de la reformada CN de Argentina de 1994, en donde puede leerse que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad ..... " y otros derechos más, que a continuación de los dos señalados primeramente son enumerados a título enunciativo.

Esto último había sido receptado previamente ya en el art. 5º de la LDC, en donde se prescribe que "las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". Y "ello es natural, por cuanto la protección de la salud y la seguridad de las personas constituye el piso mínimo de defensa de las mismas, que permite así gozar de los demás derechos"<sup>58</sup>, entre los cuales se encuentra, naturalmente, el de propiedad.

En consecuencia, menoscabada que sea la salud, seguridad o patrimonio de consumidores y usuarios, por el uso o consumo de productos elaborados defectuosos, debe acudir a mecanismos normativos que posibiliten el resarcimiento de los daños padecidos.

No es ocioso destacar que pueden darse diversos supuestos generadores del daño por productos elaborados, no sólo debido a un vicio intrínseco de éstos, sino también por información errónea o instrucciones deficientes sobre su modo de empleo. Tales supuestos pueden consistir, siguiendo a Farina, en : a) daños provocados por deficiencias en proyectos, planos o fórmulas químicas del producto, b) vicios de fabricación o de manipulación del producto, c) vicios derivados de una defectuosa conservación del producto hasta su entrega al adquirente, d) deficiente información al consumidor o usuario y e) daños derivados de una publicidad imprudente<sup>59</sup>.

En orden a precisar las posibilidades normativas de reparación con que potencialmente contarían los consumidores o usuarios eventualmente dañados merced al giro propio del Sistema de *Franchising*, se deben distinguir básicamente dos hipótesis posibles: a) damnificado por producto defectuoso que adquirió u obtuvo el mismo en forma directa del franquiciado, y b) damnificado no propietario ni guardián del producto elaborado (efectivo consumidor final).

Así, tratándose de una relación directa entre el franquiciado - fabricante del producto elaborado - y el consumidor o usuario que consumió o utilizó el mismo, la base del eventual deber de resarcir del primero nombrado será ciertamente contractual. Pero dado que hay una implícita

53. Conf. Bustamante Alsina, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados en el Derecho Civil argentino*, LL-143-870.

54. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, p. 198.

55. Agogliá, Boragina y Meza, *Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*, JA-1990-I-742.

56. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, p. 199.

57. Andorno, Luis O., *Responsabilidad por daño a la salud o la seguridad del consumidor*, en *La Responsabilidad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 479.

58. Andorno, Luis O., *Responsabilidad por daño a la salud o la seguridad del consumidor*, en *La Responsabilidad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 481.

59. Farina, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. As., 1994, p. 201.



obligación de resultado o fines en cabeza del franquiciado que hace las veces de proveedor directo, consistente en una garantía de inocuidad del bien a ser consumido o utilizado y en la seguridad de que el mismo no irrogará en ningún caso daños personales o patrimoniales a quien lo adquirió – más allá de que concretamente deba ser apto para su destino específico –, tal responsabilidad contractual será objetiva, dado que el franquiciado no podrá eximirse de responder probando su “no culpa” – de allí que en este caso no pueda predicarse ni presumirse imputabilidad subjetiva alguna en relación al mismo –<sup>60</sup>. Y la plataforma normativa básica de apoyo a la pretensión resarcitoria estaría dada por los arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil en virtud del incumplimiento objetivo del “*pacta sunt servanda*”, debiendo asimismo tenerse presente que “los contratos – de consumo o uso en la hipótesis – deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender – el producto elaborado no depararía consecuencias nocivas para la persona o bienes de quien lo utilice o consumiese – obrando con cuidado y previsión” – art. 1198, párr. primero, Cód. Civil –, obligando los actos jurídicos bilaterales no sólo a lo patente o evidente – verbigracia, aptitud del producto para el uso o consumo previsto – sino también a lo latente, subyacente o virtualmente abarcado por la con-

vención – arg. arts. 1198, párr., primero y 1198 derogado, Cód. Civil –<sup>61</sup>.

La extensión del resarcimiento será la determinada como “metro patrón” en los arts. 901 y ss. del Cód. Civil – con especial ponderación del 902 –, en donde se pondera la “previsibilidad en abstracto” propia de la relación de causalidad, quedando lo prescripto en los arts. 520 y 521 del Cód. Civil sólo para ser aplicado al “estrecho campo” de la responsabilidad contractual subjetiva que atiende a la “previsibilidad en concreto” – arg. art. 512 Cód. Civil – en caso de obligaciones de medios, siendo entonces plenamente resarcibles todos los daños padecidos que tengan relación de causalidad adecuada con el incumplimiento objetivo o material – en cuanto al resultado “esperado” y “esperable” – del franquiciado fabricante<sup>62</sup>.

Las causas de exoneración de las que podrá valerse el franquiciado elaborador serán necesariamente “ajenas” y deberán atender a quebrar, desplazar o concausar la relación de causalidad – y no a obstar a un factor subjetivo de atribución –, esto es caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder – arg. arts. 513, 514, 1113, párr. segundo, *in fine*, Cód. Civil –<sup>63</sup>.

Asimismo, el consumidor o usuario dañado podrá accionar contra el franquiciante – que es quien convencio-

nalmente impone el modo de elaboración de los productos del caso y fija sus estándares de calidad – con base extracontractual y apoyo normativo en el art. 1113, párr. primero, Cód. Civil, dado que el organizados de la red “se sirve” de los productos – “cosas” – que manufactura el franquiciado para lucrar indirectamente y, por lo tanto, deberá responder en virtud del factor de atribución objetivo derivado del riesgo de su “actividad económica” – realizada a través del giro de los franquiciados – en caso de irrogarse, merced a tales bienes, daños a terceros<sup>64</sup>. Y es bueno reparar en que el antecedente del riesgo de actividad económica como factor objetivo de imputabilidad, no es sino la aplicación posmoderna de la máxima contenida en la Institutas de Justiniano: *ubi emolumentum, ibi onus*, es decir, allí donde está el beneficio, debe estar la carga<sup>65</sup>.

Las pautas de extensión del resarcimiento y de exoneración son idénticas a las descriptas para el franquiciado.

El vendedor del producto defectuoso y su elaborador serán legitimados pasivos conjuntos y “concurrentemente” obligados por el todo del daño hacia el consumidor o usuario perjudicado.–

Es que por un lado al presente ninguna norma positiva impone expresamente la solidaridad entre los primeros nombrados en orden a la eventual reparación – distinta sería la situación si el P.E.N. no hubiese “observado” el art. 40 de la LDC, merced

al Dto. 2089/93 –; y la misma sólo puede tener base legal o convencional, y esto último por hipótesis de realidad tampoco se da – arg. art. 701 del Cód. Civil –. Sólo el segundo párrafo del art. 1109 del Cód. Civil permitiría implícitamente predicar responsabilidad solidaria entre el fabricante y el vendedor de esta hipótesis, pero ello no resulta tan “expreso” como sería deseable – arg. art. 701 Cód. Civil – y, asimismo, sería en cierto modo óbice para ello la decimonónica valla normativa del art. 1107 Cód. Civil – en relación al vendedor –.

Pero por otro lado es imperioso considerar que si el damnificado puede accionar contra el vendedor o contra el fabricante, en virtud de causas fuente distintas pero debido a un mismo daño padecido, teniendo la expectativa de resarcirse indistintamente de cualquiera de ellos el ciento por ciento del perjuicio por hipótesis sufrido – no más del ciento por ciento entre ambos en virtud del principio del enriquecimiento indevido o sin causa, desde luego, dado que si bien las causas fuente son distintas el daño soportado fue uno solo –, no hay obstáculo alguno para que accione conjunta y simultáneamente contra ambos, y que siendo ambos condenados a resarcir pueda cobrarse indistintamente de cualquiera de ellos el todo de su acreencia, o que eventualmente cada uno de los agentes causales participe en el resarcimiento conforme ellos mismos hayan acordado. Está claro entonces que estamos en presencia de una explícita o patente “obligación

60. Conf. Vázquez Ferreyra, Roberto A., *La responsabilidad contractual objetiva*, LL-1988-B-998 y ss. y Bueres, Alberto J., *Responsabilidad contractual objetiva*, JA-1989-II-964 y ss.

61. Conf. Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Ediar, Bs. As., 1984, p. 262.

62. Conf. Agoglia, Boragina y Meza, *La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva*, JA-1990-II-735 y ss.

63. Conf. todos los autores y obras citados en este acápite y, asimismo, Ghersi, Carlos A., *La responsabilidad civil sin culpa en el Proyecto de Unificación civil y comercial*, suplemento diario de LL, 15-02-88, p. 2.

64. Conf. Ghersi, Carlos A., *La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad*, en *La Responsabilidad*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 351 y ss..

65. Conf. Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Bs. As., 1982, pág. 30.



concurrente de hecho" y, en consecuencia, de una implícita o latente "obligación concurrente de derecho".

Es que en el Derecho Positivo argentino, en el plano de las obligaciones conjuntas, además de las obligaciones simplemente mancomunadas y solidarias perfectas, se encuentran las denominadas obligaciones indistintas, conexas, concurrentes, solidarias imperfectas o "*in solidum*" – en ocasiones expresamente previstas, y en otras virtualmente contenidas y verificables-, que determinan que cada uno de los obligados deba responder por el todo ante el damnificado, pudiéndose en el lado pasivo y en lo interno de la relación bipolar obligatoria accionarse luego recursoriamente o de regreso entre sí –verbigracia, franquiciante y franquiciado que son deudores concurrentes- para resarcirse a su vez de lo oblado indebidamente en exceso, hasta por el ciento por ciento de lo por hipótesis pagado, – arg. arts. 689, inc. 2º, 716, 717, 768, inc. 2º, 771, inc. 3º, 1113 y 1123 todos del Código Civil<sup>66</sup>.

Si el dañado no es dueño o guardián del producto defectuoso al tiempo en que padece el perjuicio, está legitimado para accionar extracontractualmente contra el dueño o guardián de la cosa al momento de producirse el daño en virtud del art. 1113, párr. 2º, Cód. Civil – atribución objetiva por su calidad de dueño o guardián –, y contra el fabricante del bien – franquiciado – y el franquiciante – instructor de su elaboración – merced al art. 1113, párr. 1º, Cód. Civil – atribución objetiva por la actividad eco-

nómica realizada a través de la cosa defectuosa –, teniendo la extensión de la reparación, la obligación de "concurrir" al pago del resarcimiento y las causales eximentes de responsabilidad, idénticas características a las que se vienen predicando para el otro supuesto ya contemplado precedentemente. La señalada actividad económica del franquiciado será directa, y la del franquiciante indirecta – a través de él o los franquiciados –. Pero ello no modifica las soluciones normativas dogmáticas propiciadas en modo alguno, dado que en el artículo citado no se distingue entre la inmediatez o mediatez del aprovechamiento de las cosas para la imposición de la eventual reparación de los daños causados. Y donde no distingue la ley no debe hacerlo el intérprete, a no ser que haya motivos para ello; y en el caso no se advierten – ni en el plano de lo fáctico, ni en el de lo valorativo –.

Merece destacarse por último, pese a ser casi una verdad de Perogrullo, que la legitimación activa del sujeto dañado en esta hipótesis viene dada por su calidad de efectivo consumidor o usuario final, que lo transformó en definitiva en damnificado.

Desde luego que así como quien devenga en perjudicado por la utilización o consumo de un producto elaborado defectuoso puede accionar contra quien lo fabricó –franquiciado-, lo ideó e instruyó para su elaboración –franquiciante – e, inclusive, contra quien era su dueño o guardián al momento del evento dañoso – verbigracia un amigo de la víctima –, también son potenciales legitimados pasivos de tal preten-

sión reparadora el transportista, el publicista y el Estado mismo –sea Nacional, Provincial o Municipal-. El transportista para el caso, verbigracia, de que hubiese interrumpido la cadena de frío o no hubiese observado normas técnicas vigentes para el traslado de los productos tendientes a evitar inmisiones nocivas o posibles contaminaciones. El publicista en el supuesto de que hubiese promocionado incorrectamente el producto, incurriendo en abuso, engaño u omisión, según el caso. Y el Estado siempre deberá responder, para la hipótesis de que se acredite relación causal adecuada entre la ausencia o deficiencia del control o ejercicio del poder de policía y el resultado lesivo generado por el producto, lo cual no es excluyente de la responsabilidad de él o los funcionarios públicos involucrados en la cuestión –arg. arts. 33, 43, 1112, 1113, 1122 y ccdtes. del Cód. Civil-. Todo esto último así fue decidido y recomendado, por ejemplo, en las Primeras Jornadas de Responsabilidad Civil por Productos Farmacéuticos y Medicinales celebradas en Morón, Provincia de Buenos Aires, Argentina, en el año 1987, y ello concuerda con una de las tendencias contemporáneas del Derecho de Daños, cual es la ampliación de la legitimación pasiva, de modo de brindar al damnificado mayores posibilidades de resarcimiento efectivo.

#### 4. Responsabilidad ante los usuarios derivada de la prestación de servicios defectuosos.

Los servicios no se consumen; se utilizan. Ello porque los mismos no se extin-

guen o acaban con su uso, dado que no son efímeros por naturaleza, esto es no son susceptibles de ser agotados por su utilización, aunque sí pueda consumirse una porción de la manifestación del servicio, como puede ser el caso del fluido gaseoso, la energía eléctrica, etc. De allí que los que reciben servicios de terceros sean propiamente usuarios, más que consumidores. También en el caso de algunos productos elaborados no es correcto predicar consumo sino uso de los mismos y, consecuentemente, quien los utiliza será usuario y no consumidor – los contestadores telefónicos y las computadoras no se consumen; los productos farmacéuticos y las comidas rápidas sí –.

A través del *Franchising* también pueden distribuirse servicios. Tal sería el caso de una cadena de Hotelería, de unas rutinas de ejercicios ideadas para determinados fines anatómicos, de un modo específico de efectuar Consultoría profesional, de salones de belleza, lavaderos de automóviles, educación diferencial, sistemas de tratamiento de aguas, oficinas de empleo y contrataciones temporales, y de tantas otras posibilidades que de seguro se le ocurrirán al lector<sup>67</sup>.

En cuanto a este tópico, prevalece, para la configuración de la responsabilidad derivada de la hipotética prestación defectuosa de tales servicios, la figura de la subordinación que tiene el franquiciado respecto del franquiciante, resultante de la influencia dominante que se determina a través del control por el cual el franquiciante ejerce su poder sobre todo

66. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Responsabilidad del Estado*, en *Estudios en homenaje al Dr. Guillermo Borda*, Bs. As., La Ley, 1985, p. 230 y Andorno, Luis O., *La responsabilidad civil y la obligación «in solidum»*, JA-Doctrina-1972-429 y ss..

67. Conf. Kleidermacher, Jaime L., *Franchising*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, págs. 88/9.

adherente a la red negocial. Y esto ya fue analizado suficientemente más arriba – en el párrafo 2 –, por lo cual a todo ello se remite al lector, *brevitatis causae*.

Para el supuesto de que el servicio fuese dañoso en origen, esto es en la concepción misma que de él haya hecho el franquiciante, la responsabilidad de éste será palmaria, por cuanto tal servicio ideado para prestar a terceros es de su autoría. Y en caso de que la lesión a los intereses del usuario devenga de la incorrecta prestación del servicio por parte del franquiciado, el franquiciante también será responsable porque eventualmente habrá faltado al ejercicio regular y adecuado de su derecho-deber esencial, esto es el control de lo actuado por el propio franquiciado.

Así, como entre franquiciante y franquiciado habrá subordinación técnica y económica evidente, y además subordinación jurídica indirecta lograda a través del control, se dan los extremos para predicar “dependencia” del segundo respecto del primero en la órbita del Derecho Privado Patrimonial. Es que en tal ámbito, “la relación de dependencia o subordinación se manifiesta a través del derecho de dar órdenes o instrucciones acerca de la manera como deben cumplirse las funciones. Ese derecho de dar órdenes es el que origina la autoridad y la subordinación. Lo tipificante es el derecho, aunque de hecho no se haya dado ninguna orden o el comitente no haya ejercido su autoridad. Es decir, hay que atenderse a la existencia de la autoridad, no al

ejercicio de ella. En esta línea se ha dicho que la dependencia se traduce en la facultad de dirigir, vigilar, intervenir en la conducta de otro; se requiere dos personas ligadas por una relación jerárquica: uno con derecho a mandar y otro con deber de obedecer. Pero por sí sola la facultad de dar órdenes no es suficiente para la configuración de la relación de dependencia ..... Para que la subordinación haga nacer la calidad de comitente, es imprescindible que la función encomendada satisfaga el interés de quien da las órdenes”<sup>68</sup>.

Nótese que “si se entiende por dependencia el derecho de dar órdenes o instrucciones acerca de la manera como deben cumplirse las funciones; si se traduce en la facultad de dirigir, controlar, vigilar, intervenir en la conducta de otro, etcétera, no hay dudas que, normalmente, estos recaudos se dan en el ‘franchising’”<sup>69</sup>. Y por ello es que debe responder el franquiciante en forma concurrente con el franquiciado ante eventuales daños que los servicios del caso irroguen a sus usuarios.

La base normativa de lo anterior está también en la primera parte del art. 1113 del Cód. Civil, en donde puede leerse que “la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia.....”, y dado que la relación del usuario dañado con el franquiciante será extracontractual, el art. 1107 del mismo Cód. Civil no será valla para la aplicación de la primera norma citada respecto del último nombrado, que tiene por

“dependiente” – con los alcances expresados – al franquiciado.

En lo que hace al franquiciado, la parte del art. 1113 del Cód. Civil antes transcrita será de potencial aplicación sólo si el usuario padece daños encuadrables también penalmente, como sería el caso de las lesiones – arg. arts. 1107, Cód. Civil, *in fine*, y 94 del Cód. Penal –. En los restantes supuestos, responderá con base en los arts. 1137, 1197 y 1198, primer párrafo, del Cód. Civil, por haber violado la implícita obligación de resultado o fines de su débito convencional, consistente en la garantía de inocuidad del servicio a ser utilizado y en la seguridad de que el mismo no irrogará en ningún caso daños personales o patrimoniales a quien lo requirió – más allá de que concretamente deba ser apto para su destino específico –, tal como ya se analizó en el párrafo anterior para el caso de los productos elaborados defectuosos.

## 5. Responsabilidad ante los consumidores y usuarios por eventuales daños derivados de los riesgos del desarrollo.

Esta cuestión refiere a los daños que no pudieron ser previstos por el responsable – verbigracia franquiciante y franquiciado – al tiempo en que la actividad fue ejercida o la cosa riesgosa o viciosa fue puesta en circulación merced a su introducción en el mercado de uso o consumo masivo, debido a que los conocimientos técnicos del momento y el estado de la Cien-

cia impedían advertir su peligrosidad. Y si bien el tema adquiere relevancia genérica en materia de productos elaborados, tiene trascendencia específica en cuanto a productos farmacéuticos y medicinales – los cuales pueden ser elaborados y comercializados a través del *Franchising* –, al punto de que los desarrollos de Doctrina científica en este tópico se inician mayormente a partir de sucesos dañosos producidos en virtud de efectos perjudiciales acaecidos diferidamente en el tiempo, derivados de la ingesta de medicamentos o la utilización de especialidades farmacéuticas.

A mero título ejemplificador, destácanse en los EE.UU. casos como el de la droga MER-29, usada para la reducción del colesterol en sangre, que fue retirada de la venta en 1962 porque producía lesiones a la vista. O el conmovedor caso del DES, iniciales de la síntesis de una hormona femenina llamada *diethylstilgestrol*, que hacía las veces de sustancia antiabortiva o progestacional, producto que lanzado al mercado en 1941 fue prohibido por la FDA recién treinta años más tarde, luego de confirmarse que un elevado porcentaje de las hijas de quienes habían ingerido dicho medicamento durante el embarazo, desarrollaban un tipo de cáncer de cuello de útero hacia la pubertad, esto es aproximadamente doce años más tarde de haber sido alumbradas<sup>70</sup>. Precisamente uno de estos casos que dió lugar al proceso caratulado “Sindel c/ Laboratorios Abbot”, habilitó a que la Corte de California en 1977 aplicase una nueva y pragmática teoría que se nominó del *market share* o de participación en el

68. Kemelmajer de Carlucci, Aída, comentario al art. 1113 del Cód. Civil argentino, en Belluscio-Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Astrea, Bs. As., 1984, Tº 5, pág. 434.

69. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Daños causados por los dependientes*, Bs. As., pág. 87.

70. Conf. Monti, Eduardo J., *Responsabilidad civil de productos farmacéuticos*, El Derecho, 121, págs. 820 a 826.

mercado<sup>71</sup>, que es una de las actuales variantes posibles en la órbita de la Responsabilidad colectiva, esto es la de un sujeto indeterminado dentro de un grupo determinado, lo cual evoca ciertamente el título de la monografía de quien primero sistematizó la cuestión a nivel doctrinal, el francés Aberkane en 1958, de seguro debido a la afición de los galos por el deporte de la cacería.

También los consumidores franceses fueron víctimas de esta especie de los riesgos del desarrollo, a través de un producto medicinal denominado Stalinon, que prescripto para combatir ciertas enfermedades de la piel desde 1953, produjo la muerte e invalidez de centenares de personas.

Difícil es no traer a cuento el tristemente célebre caso alemán generado por el fármaco llamado Contergan-Thalidomida, que indicado en su día como analgésico para las embarazadas, arrojó un resultado gravoso para más de 4.000 descendientes afectados, que tuvieron malformaciones físicas a consecuencia de la monodroga que contenía el referido medicamento, comercializado en algunos otros países bajo la marca de Softenol.

Se apreciará, en base a los anteriores ejemplos, que no es de extrañar entonces que haya sido la industria farmacéutica y la de especialidades medicinales la que casi monopolizara los desvelos de la Doctrina

científica, y aún de los legisladores, en orden a brindar un marco regulatorio de la especie de riesgos del desarrollo sobre la que se viene discutiendo.

En Argentina en particular, ello fue tratado en varios eventos científicos a partir de las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" realizadas en La Plata en 1981. La cuestión también fue abordada en las "IV Jornadas Rioplatenses de Derecho" celebradas en Punta del este en 1986, al igual que en las "I Jornadas sobre responsabilidad por productos farmacéuticos y medicinales" desarrolladas en Morón en 1987. De gran trascendencia fueron las conclusiones a las que se arribó en la cuestión en las "Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros", que transcurrieron en la Ciudad atlántica en 1989. Allí, con la disidencia de Ricardo Lorenzetti y de Lombardi, se aprobó y recomendó, con el apoyo de la opinión mayoritaria de la Comisión redactora del caso, que "en los casos de lanzamiento al mercado masivo de consumo de productos cuya nocividad no era conocida al momento de su puesta en circulación, pero que nuevas comprobaciones científicas o técnicas ponen de manifiesto, cabe responsabilizar al productor, que debe garantizar a los consumidores la inocuidad de los bienes que introduce en la comunidad. El profesional de la salud será responsable cuando la nocividad del medicamento prescripto era conocida o cognoscible, e igualmente lo indicó"<sup>72</sup>.

Así, la Doctrina científica que comenzó dividida en la VIII Jornadas nacionales de 1981, y se fue pronunciando en el sentido de responsabilizar al elaborador por los riesgos del desarrollo tanto en las Jornadas Rioplatenses de 1986 como en las de Morón de 1987, terminó por inclinarse mayoritariamente en tal dirección en las Jornadas Marplatenses de 1989<sup>73</sup>.

Pero de ceñirnos a un estricto criterio dogmático, parecería que en la Argentina, al menos por ahora y en la órbita del Derecho Civil y en la del Derecho del Consumo y del Uso, no resulta posible normativamente colocar a cargo del elaborador esta especie de los riesgos del desarrollo o, lo que es lo mismo, no considerar a los mismos como caso fortuito ajeno a la actividad del empresario<sup>74</sup>.

Es que si bien en materia de medicamentos en especial tanto el recobrar la salud como la seguridad en la ingesta del producto conforman lo que autorizada Doctrina denomina "móviles causalizados" en la órbita de la contratación privada – verbigracia, Alberto J. Bueres –, y por ello están incorporados latentemente en los débitos convencionales, no es menos cierto que la realción de causalidad, que es la piedra de toque de la extensión del resarcimiento o, lo que es lo mismo, la que determina los límites de la reparación civil –por parafrasear a Atilio Alterini–, impide que se imponga a quien debe responder objetivamente por los resultados dañosos de su actividad económica peligrosa, el resarcir

las consecuencias mediatas imprevistas o imprevisibles o de tercer grado, denominadas casuales en el art. 905 del Cód. Civil. Y la nocividad no conocida en virtud del estado de la Ciencia al tiempo de elaborar e introducir al mercado masivo determinado producto es de por sí algo objetivamente imprevisible para el industrial. Y lo que no ha podido preverse es configurante del *casus*, y fractura el nexo causal adecuado que debe existir entre en incumplimiento material y el daño provocado para que éste sea resarcible, tal como se dispone genéricamente en los arts. 513 y 514 del Cód. Civil.

Por las consideraciones vertidas es que entiendo que ni franquiciante ni franquiciado deben responder por este tipo de riesgos del desarrollo ante los consumidores o usuarios que padezcan daños derivados de los mismos.

Parecería excesivo aplicar una teoría ultraobjetiva como la de Rumelin, traída a cuento en Argentina como variante de la teoría de la causa adecuada por Alfredo Orgaz, Sebastián Soler, Llambías, Cazeaux, Trigo Represas, Atilio Alterini, López Cabana y algunos otros, por la que se propicia que el Juzgador deba apreciar la adecuación de la acción al resultado teniendo en consideración todas las circunstancias existentes al momento de la acción, fuesen ya conocidas en ese momento o solamente después – por lo cual quizá llevase razón Llambías que entendía que bien vista esta teoría coincidía con la de la causa eficiente

71. Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La responsabilidad colectiva y los daños producidos por los productos elaborados*, Revista Jurídica de San Isidro, Nº 24, 1988, págs. 133 a 139.

72. Conf. Goldenberg, Isidoro H. y López Cabana, Roberto M., *Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, Jurisprudencia Argentina, 1990-I, págs. 917 a 920.

73. Conf. Goldenberg, Isidoro H. y López Cabana, Roberto M., *Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, Jurisprudencia Argentina, 1990-I, págs. 917 a 920.

74. Conf. Lorenzetti, Ricardo L., *Medicamentos y responsabilidad civil*, La Ley 1989-D, págs. 960 a 968.

—, habida cuenta de que hay opinión pacífica en el sentido que la extensión de la reparación en materia de responsabilidad objetiva es idéntica a la que rige en la órbita de los cuasidelitos, fundamentalmente porque el art. 1113 del Cód. Civil está inserto dentro de un Título que trata, significativamente, acerca “*De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos*”.

Curiosamente, legislaciones comunitarias como la de la otrora CEE, actual UE, comenzaron por imponer en la Directiva N° 893 de 1976 que el fabricante respondía por los riesgos del desarrollo, para luego, a nueve años vista, desresponsabilizar al productor de las consecuencias dañosas derivadas de tales riesgos, merced a la Directiva N° 374 del año 1985.

Lo descripto, sin embargo, no implica que particularmente los elaboradores de especialidades farmacéuticas o medicinales no deban seguir de cerca la evolución de los efectos colaterales o secundarios de los productos elaborados. Por el contrario, la Ley de Medicamentos argentina prevé la adecuación periódica de la farmacopea de acuerdo con el progreso de la ciencia, lo que implica que los industriales del rubro tienen un débito con causa fuente legal que les impone eventualmente el deber de advertir la lesividad diferidamente detectada de determinado producto al igual que su retiro del mercado de darse el caso. Y de no cumplirse con ello, se deberá resarcir a los perjudicados por tales supuestas omisiones, dado que, por otra parte, “cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias

posibles de los hechos”, tal como reza en el art. 902 del Cód. Civil.

Ítem más, en el art. 4° del Dto. 1798/94, reglamentario de la LDC, se establece que los proveedores de cosas o servicios están obligados a comunicar a las Autoridades competentes y a los consumidores y usuarios a través de publicidad suficiente, toda noticia que se tenga respecto de la peligrosidad del producto o servicio de que se trate, si ello es advertido con posterioridad a la introducción de los mismos en el mercado de uso o consumo.

De todos modos, lo anterior no significa que no debe propenderse a la imposición legal una suerte de seguro social obligatorio, que junto con fondos de garantía administrados por el Estado pero engrosados por el aporte de elaboradores y también consumidores y usuarios, permitiría eventualmente reparar las consecuencias dañosas que tuviesen por causa fuente la plataforma fáctica descripta. Es lo que calificada doctrina del Derecho de Seguros y del Consumo, con Rubén y Gabriel Stiglitz a la cabeza, viene propiciando en Argentina desde el Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños celebrado en la sede de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1989.

Sin embargo, en orden a desalentar la posible indolencia que generase en quien introduce riesgos en la sociedad global esta suerte de aseguramiento social que se ha descripto, ello debe ir acompañado de medidas paralelas sancionatorias, como ser multas administrativas, privación de licencias, derecho de repetición o regreso de las

compañías aseguradoras contra el causante del daño, etc.. Es que como advierte Blankenburg en un estudio realizado en la ex Alemania Occidental hacia comienzos de 1980 referido al estado de la cuestión en aquél país, el seguro debería proteger contra los riesgos que escapan a toda previsión, pero no debería inducir a que se incurra en los mismos riesgos contra los que se concede protección<sup>75</sup>.

Relacionado con esto, ha sabido afirmar el español Manuel Olivencia que el seguro de responsabilidad civil, que de eso se trata, va concibiéndose, cada vez más, como una garantía de indemnización a favor de la víctima; el interés del perjudicado pasa a primer plano, por encima de una concepción egoísta en favor exclusivo del asegurado. La eventual obligatoriedad del seguro sería ciertamente un dato de este nuevo criterio de justicia<sup>76</sup>.

Es que en la actualidad la Responsabilidad Civil atiende más a la justicia distributiva que a la conmutativa<sup>77</sup>, por ello cuadra predicar que el problema de los riesgos y los daños no es una cuestión de responsabilidad, sino de reparación, como ya escribía Ripert hacia mediados del siglo, en

su trabajo acerca de *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, quien llegó a sintetizar que la democracia exige que si no se encuentra quien pueda soportar los riesgos, la colectividad misma los tome a su cargo<sup>78</sup>.

## 6. Reflexiones últimas.

Es dable destacar que al presente, sobre todo en lo que hace al tópico de la responsabilidad derivada de productos elaborados y servicios defectuosos, desarrollos como los esbozados tienen como “causa fuente indirecta” a la eufemística “observación” que el Poder Ejecutivo Nacional ha efectuado en su día al original art. 40 LDC<sup>79</sup>, que en los hechos implicó su veto merced al art. 6° del Dto. 2089/93.

Tal circunstancia obliga a los operadores jurídicos también a “observar”, una vez más, y con detenimiento por cierto, las desgastadas normas de la “Teoría General del Responder” contenidas mayormente en el Código Civil, de modo de hacerlas rendir lo suficiente como para posibilitar lo que voces mucho más autorizadas que la mía han denominado “contratendencia” jurídico científica, de signo valorativamente opuesto tendencia de los poderes políticos

75. Conf. Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1983, T° II-3, págs. 175 a 177.

76. Conf. Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1983, T° II-3, págs. 175 a 177.

77. Conf. Lorenzetti, Ricardo L., *Medicamentos y responsabilidad civil*, La Ley 1989-D, págs. 960 a 968.

78. Conf. ello en Stiglitz, Gabriel A., *El riesgo de la empresa y el seguro social*, en *Derecho de Daños*, Obra colectiva en homenaje al Prof. Dr. Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Bs. As., 1989, págs. 119 a 140.

79. En su redacción original prescribía: “Responsabilidad solidaria. Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”. Adviértase que la finalidad de esta norma, vetada de hecho inconstitucionalmente en Argentina, era teleológicamente análoga a las vigentes y contenidas en los arts. 12, 13 y 28 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil.

constituídos, en orden a posibilitar una tutela axiológicamente valiosa y efectiva de los "vulnerables" de finales de Siglo, esto es los consumidores y usuarios e inclusive subconsumidores y subusuários – verbigracia, niños, ancianos, destinatarios finales de los productos elaborados, etc.<sup>80</sup>. Y en esta tarea, la reflexión es a la lectura como diez es a uno.

Es que una vez más se verifica que no hay nada más desigual que tratar igual a quienes no son iguales -verbigracia, productores y distribuidores de bienes de consumo o uso masivo como ser franquiciante y franquiciado, en relación a sus destinatarios finales -. Y ello hizo que Couture propusiera en su día que ante la verificación de desigualdades de hecho – verbigracia económicas-, el Derecho debía tender a generar otras desigualdades – de "derecho" – que compensasen a las primeras, lo cual fue receptado en el ámbito – también en su día – del Derecho del Trabajo, y debe serlo ahora en el Derecho del consumidor y del usuario. En palabras de Josserand, la inseguridad material de los contratantes débiles debe recubrirse de seguridad jurídica, debiendo atenderse no sólo al texto normativo, sino también al contexto fáctico, de modo que los avances de la Sociología jurídica se incorporen al entramado de normas

y valores y su resultante se incluya como aporte al Derecho vivo, posibilitando todo ello la adecuada solución de los conflictos que genera la conducta en interferencia intersubjetiva.

Por último, y para concluir este trabajo, se me antoja valioso hacer un breve ejercicio de imaginación, consistente en visualizar a las normas que conforman la Teoría del Daño Resarcible como una suerte de camino empedrado que nos permite introducirnos en un callejón, el que conduce al Derecho del Consumidor y del Usuario; empedrado que a los pocos metros se transforma en pavimento asfáltico y estaría representado por la LDC en su redacción original, lo cual nos presentaba una mejor salida del descripto callejón. Pero a poco que se sigue ilusionadamente avanzando nos topamos con una pared, representada por el art. 6º del Dto. 2089/93 que "observó" – vetó – el referido art. 40 de la LDC. Así los tantos, no debemos desesperanzarnos, dado que situados ante un normativo y aparente callejón sin salida, y recordando que al comienzo del mismo aún contamos con las normas de la Teoría del Responder, debemos tener presente que la salida todavía es posible. Es, hacia atrás, el callejón.

80. Conf. al respecto Ghersi, Carlos A., *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1995, en especial pp. 212 y 213.

# Funções do Estado

*Marco Fridolin Sommer dos Santos*

Professor de Instituições de Direito Civil da UFRGS - Advogado <sup>1</sup>

## SUMÁRIO

### I – INTRODUÇÃO.

II – PERSPECTIVA HISTÓRICA. A) *Formação poder e das instituições na Idade Antiga*. B) *Do primado do feudalismo ao primado do absolutismo*. C) *Evolução da separação de funções na Inglaterra*.


### III – FUNÇÕES DO ESTADO E SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES. 1. Introdução.

A) *Funções do Estado* 1. *Considerações Iniciais* 2. *Função de Chefia de Estado* 3. *Função de Chefia de Governo*. 4. *Função Deliberativa* 5. *Função Administrativa ou Executiva* 6. *Função Jurisdicional* 7. *Considerações finais*. B) *Separação de Funções* 1. *Considerações Iniciais*. 2. *Dinâmica do Sistema Presidencialista*. 3. *Dinâmica do Sistema Parlamentarista*. 4. *Considerações finais*.

### IV – CONCLUSÃO GERAL.

### V – BIBLIOGRAFIA.

## I – Introdução

 presente trabalho, adota, sem discutir, princípios emprestados de outras ciências humanas.

Assim, ele se socorre da filosofia adotando o princípio de que o homem nasce livre e dotado de vontade e livre arbítrio, bastando a natureza humana para titulá-lo como igual a seus semelhantes, com os mesmos direitos e deveres.

Aproveita da sociologia o conceito de grupo, que é formado de duas ou mais pessoas que interagem entre si, na busca de uma finalidade. Em todo o grupo, constata-se a realidade inarredável da necessidade de liderança. Ou seja, de que havendo duas ou mais pessoas alguém lidera, decide ou governa, sendo acatado neste exercício pelos demais. Melhor dizendo, todo o grupo, em sua essência, divide-se entre líderes e liderados, coordenadores e coordenados,

1. Trabalho apresentado no curso de mestrado em Direito da UFRGS, na disciplina de Teoria Geral de Direito Público, ministrada pelo professor Almiro do Couto e Silva.

dirigentes e dirigidos, governantes e governados<sup>2</sup>.

Partindo destes dois princípios, o nosso trabalho examina a sociedade política tendo como fulcro o homem livre dotado de vontade exercendo-a num contexto social, ora na posição de governante, ora na posição de governado. Mas sempre na busca do bem comum, ou seja, daquele bem cujo valor consiste em atender os interesses do todo sem prejuízo do interesse de cada um.

Quando se fala em sociedade, implicitamente se está falando de ordem, organização e finalidade, pois o homem não vive ao léu, ao sabor dos seus impulsos tão somente. Ele precisa de trabalho, de organização, de intercâmbio. Estes são objetivos sociais que só podem ser alcançados através de uma linha de pensamento que se transforme numa ação planejada. Eis o objetivo da sociedade politicamente organizada.

O exercício do governo nas sociedades políticas implica, necessariamente, em organização e divisão do trabalho, de forma a permitir uma adequada coordenação entre diversas funções necessárias a consecução de seus fins.

Muitos foram os autores e atores políticos que se debruçaram sobre o tema, embora amplo, mas não esgotado. Neste trabalho, o exame que se faz, das principais obras e instituições políticas, é a homenagem

que fazemos à aqueles que nos asseguraram a liberdade de expressão da qual agora desfrutamos.

O tema central deste trabalho, se constitui do estudo das funções estatais. Para atingir nossos objetivos o dividimos em duas partes. Na primeira, será feita apenas uma narrativa histórica sobre a evolução da atividade funcional do Estado, que servirá de base ao leitor para se chegar a uma segunda parte, mais classificatória, conceitual e analítica do tema.

## II - Perspectiva Histórica

### A) Formação do poder e das instituições na Idade Antiga

O fenômeno do Poder teve como origem primeira de sua criação, a crença do ser humano no divino, no sobrenatural. Esta crença se iniciou já nos povos ascendentes da população greco-romana, de origem indo-européia. Teve como ponto de partida a angústia e o medo do homem pelo término de sua existência com a morte. A religião surgiu da crença acerca da existência da vida sobrenatural após a morte; de que quando morria o homem, a sua alma era enterrada com ele. E ali continuava a sua existência, não no céu ou noutro mundo, mas juntamente com o túmulo onde era enterrado.

Apesar de sua existência sobrenatural, a alma conservava seus sentimentos de

2. "O maior de todos os princípios é que ninguém, seja homem, seja mulher, deve carecer de um chefe. Nem deve a mente de qualquer pessoa ser habituada a permitir-lhe fazer, ainda que a menor coisa, por sua própria iniciativa, nem por zelo, nem mesmo por prazer. Na guerra, como em meio a paz, porém, deve ela dirigir a sua mente para seu chefe e segui-lo fielmente. E mesmo nas mais ínfimas questões deve manter-se em submissão a essa chefia. Por exemplo, deve levantar-se, ou mover-se, ou lavar-se, ou tomar refeições... apenas se lhe for ordenado que o faça. Numa palavra, deve ensinar sua alma, por hábito prolongado, a nunca sonhar em agir independentemente e a tornar-se totalmente incapaz disto." PLATÃO.

prazer e de sofrimento. Por isto, enterrava-se a pessoa com os objetos que se julgasse viesse a alma a ter necessidade na sua vida futura.

A necessidade de túmulos tornou-se imperiosa, pois a alma que não o tivesse ficava sem morada, sem o descanso a que aspirava após os trabalhos da vida terrena. Era uma alma errante, um fantasma, a atormentar os vivos com doenças e maldições, advertindo de que necessitava de uma sepultura para descansar.

Porém, não bastava uma simples sepultura. Necessário se faziam rituais e oferendas aos mortos, com sacrifícios anuais; havia o dever oferecer ao morto comida e bebida para satisfazer suas necessidades.

Estes procedimentos foram se consolidando como verdadeiras normas de conduta. Toda a família deveria ter em casa um altar com o fogo sagrado aceso. Cada família tinha o dever de cultuar os seus mortos, para evitar as almas errantes. Os mortos eram, por assim dizer, divinizados a quem os gregos designavam por demônios ou heróis.

Do culto aos antepassados decorreu uma religião doméstica, numa época em que ainda não existiam cidades. Cada família tinha os seus Deuses, que eram constituídos das almas da família. Estas almas precisavam de cultos e de oferendas para que continuassem ao lado de seus túmulos. A regra era a de que só os membros da família podiam cultuar os seus mortos. Às refeições

fúnebres, só os membros da família poderiam comparecer com exclusão de todos os demais. Para que o morto recebesse oferendas, deveria obrigatoriamente ter um filho que o sucedesse, do que resultava uma estreita relação entre vivos e mortos. Todos os mortos da família deveriam ser enterrados num mesmo local, próximo ao lar, com exclusão de pessoas de outras famílias.

O pai morto, sempre sendo referendado permanecia próximo ao seu túmulo e próximo a seus filhos, ajudando-os quando necessário, nas horas difíceis. Cada casa, cada família tinha a sua religião, cultuando os seus deuses: os antepassados.

As famílias eram constituídas pelo pai, pela mãe, pelos filhos, pelos clientes e pelos escravos, competindo ao pai a autoridade máxima da família. Esta autoridade advinha da religião, pois o Pai era o sacerdote ou o representante dos deuses no altar. A ele cabia praticar os atos religiosos e os sacrifícios. É ele quem, como representante dos deuses, e em nome deles se pronuncia. O Pai era o chefe supremo da religião doméstica.

Aproximadamente pelo ano de 800 A.C. se consolidaram as cidades, que foram conhecidas por cidades-estado<sup>3</sup>.

As cidades-estado gregas e romanas tiveram como origem famílias desta forma estruturadas. Estas cidades, de início, tinham sua autoridade máxima, tal como nas famílias, na religião derivada do culto aos seus antepassados. Constituiu-se através da associação religiosa de famílias e de tribos.

3. BURNS, Edward McNall, História da Civilização Ocidental, p 30.



A fundação das cidades era uma cerimônia religiosa na qual primeiramente era fundada a urbe para representar o santuário de culto aos mortos. Os chefes de família quando fundavam a cidade traziam a terra de seu antigo lar, que representava os seus antepassados. O fundador da cidade era o sacerdote de toda a cidade e de sua própria família. Chamava-se por vezes de rei ou de arconde.

Muito embora os deuses da cidade fossem comuns a todos os cidadãos, cada família conservou os seus cultos e os seus deuses particulares. O chefe da família continuava como autoridade máxima sobre os seus, de forma que o Rei não podia sequer julgar os filhos do chefe da família ou seus escravos.

Estas cidades tinham como vínculo unificador, o culto aos antepassados. Com a união das famílias para a formação das cidades, cada uma delas tinha os seus templos sagrados de culto aos Deuses. Assim como na família, agora, na cidade, somente as famílias que tinham religião podiam participar dos cultos. Isto determinava que aquelas pessoas que não tinham religião, não podiam participar dos cultos.

Aquelas pessoas que tinham religião, eram obrigadas a participar dos cultos. A principal cerimônia do culto da família aos antepassados era o sacrifício, que se constituía de uma refeição. Tal como na família, antiga, também em relação aos Deuses da cidade dever-se-iam praticar sacrifícios, que eram banquetes onde somente os cidadãos poderiam participar dos cultos. Neles, os

sacerdotes de cada família participavam na condição de cidadãos.

Nas cidades formadas pela religião só tinham direitos as famílias religiosas. Só eram cidadãos aqueles que pertenciam à famílias. Em cada família o seu chefe ou sacerdote exercia o direito de cidadania em nome dos demais, ou seja, a esposa, os irmãos mais novos do chefe de família, os filhos do chefe da família e os clientes exerciam seu direito de cidadania só através do chefe de família. Este, por sua vez, dentro da família, era o juiz, o chefe religioso. O Rei nunca poderia julgar um membro de família que não a sua própria. Só poderia mesmo julgar o chefe da família.

As cidades eram governadas por uma forma de Estado monárquica, constituídas pela união das famílias que inicialmente a formaram.

Os reis eram sacerdotes ou chefes de famílias. Sua autoridade estava para a cidade assim como a do chefe de família para sua família. Sua autoridade derivava das regras do culto aos antepassados. A hereditariedade manifesta-se como regra para transmissão do culto. Fosse o lar de alguma família, fosse o lar de alguma cidade, a religião prescrevia que o cuidado de sua conservação passasse de pai para filho.

O sacerdócio foi, portanto, hereditário, assim como o próprio poder<sup>4</sup>.

Nestas cidades a autoridade derivava do culto ao lar, como decorrência do culto doméstico aos antepassados. Assim como na família, a cidade mantinha um só

4. DE COULANGES, Fustel, A cidade antiga, pág. 15.

sacerdote ou chefe (Rei): Aristóteles designava este governo como sendo uma Monarquia<sup>5</sup>.

O primeiro conflito no poder destas cidades deu-se entre a aristocracia e a monarquia. A aristocracia era composta dos chefes de família. Estes tinham no seio de suas famílias o mesmo poder régio do Monarca em relação à cidade. Unidos, os chefes de família tinham mais poder do que o Rei sozinho. Este tinha de ser político hábil para manter apoio dos chefes de família e, ipso facto, para manter-se no poder.

Em toda a Grécia, não demorou muito para que a aristocracia prevalecesse sobre o poder dos reis. A aristocracia visava suprimir a realeza política mantendo a realeza religiosa. Fundava-se ainda na religião, pois os chefes de família eram sacerdotes. Como decorrência disto, as regras de hereditariedade de culto do lar, de privilégio do primogênito, e, conseqüentemente, do direito de pronunciar as orações ligado ao nascimento, permaneciam.

Só os sacerdotes podem ser cidadãos; só os cidadãos podem ser magistrados: aqueles que exercem o Poder ou alguma função pública.

Esta forma de sociedade somente se altera na medida em que a estrutura familiar se altera por decorrência da extinção do privilégio da primogenitura, base da unidade da familiar. Este fenômeno teve inúmeras conseqüências, dentre elas, a

extensão do título de cidadão aos irmãos mais novos e a divisibilidade da propriedade dentre os filhos. Apenas o privilégio do sacerdócio hereditário foi conservado por mais tempo, com funções unicamente religiosas<sup>6</sup>.

As cidades dividiam-se ainda em duas classes de pessoas: os cidadãos e a plebe. A base desta distinção era a religião. Somente podiam cometer sacrifícios aqueles que tivessem uma religião; somente pessoas que tivessem uma religião podiam ser cidadãos. Logo, a plebe não tinha o direito de cidadania.

Esta inferioridade foi suprimida pela lei de Sólon que instaurou a igualdade civil entre as duas classes. O código de Sólon permite o surgimento da democracia grega<sup>7</sup>.

O princípio do interesse público (res publica) passou a governar as cidades, em substituição ao interesse anterior de unificação da sociedade: a religião. O sufrágio passou a exercer a soberania<sup>8</sup>.

Em Atenas, havia magistrados que não eram sacerdotes e que exerciam as mais diversas funções. Havia dez estrategistas que se ocupavam com os negócios da guerra e da política; dez astínomos que cuidavam da polícia; quinze metrônomos que cuidavam dos pesos e medidas; dez recebedores de impostos, etc. Estas magistraturas eram anuais e muitas vezes os cidadãos eram escolhidos para as exercer, conforme a ci-

5. ARISTÓTELES, A Política, p. 177.

6. DE COULANGES, Fustel, A cidade antiga, pág. 17.

7. CROISSET, A., As Democracias Antigas, pág. 20.

8. DE COULANGES, Fustel, A cidade antiga, pág. 22.

dade, por sorteio ou mesmo por rodízio. O Senado era composto por sacerdotes e deliberava acerca de interesses religiosos e políticos da cidade.

Acima das magistraturas e do próprio Senado estava a assembléia do povo propriamente dita. Este aprovava ou rejeitava as leis propostas pelo Senado. O povo reunido na ágora, em assembléia não tinha o poder de iniciativa de leis. O poder de deliberação cabia ao Senado. Este foi o auge da democracia grega<sup>9</sup>.

As cidades romanas formaram-se de forma semelhante as gregas, baseadas na religião doméstica. As suas transformações internas também o foram semelhantes.

Em Roma, houve uma fase monárquica sendo o poder político exercido por um rei eleito pelo Senado. O Senado era composto pelos chefes de famílias. Reúne tanto o poder religioso como o político em suas mãos. Nesta condição o Rei comandava o exército, cometia os sacrifícios, julgava as questões civis e criminais e convocava o Senado juntamente com o povo<sup>10</sup>.

O Senado possuía grande autoridade pois elegia os reis. Todas as questões levadas ao povo pelo Rei eram antes discutidas no Senado<sup>11</sup>.

O povo elegia os magistrados, exercia o poder de veto de novas leis; aprovava

novas guerras e celebrava a paz quando o Rei o permitia<sup>12</sup>.

A Monarquia romana, tal como a Grega converteu-se em República, resultado do confronto entre a aristocracia, representada pelo Senado, e o Rei.

Os objetivos do Estado se alteraram: na monarquia a autoridade baseava-se no culto aos deuses tendo como objetivo assegurar os sacrifícios e os ritos religiosos; na república o interesse passou a ser o bem comum.

Dos sacrifícios religiosos passaram a participar também os plebeus, que neles viam meras formalidades.

A República passa a ser governada pelo Senado que aumentou o seu poder controlando os fundos públicos; substituiu o Rei por dois cônsules. Estes, eram normalmente Senadores e governavam conjuntamente, mas cada um deles tinha a autoridade executiva e judicial da qual dispunha anteriormente o Rei. Em caso de conflito entre ambos o Senado dirimia podendo inclusive nomear um ditador pelo prazo máximo de seis meses<sup>13</sup>.

A sociedade Romana formou-se da união de três tribos: tribos dos albanos, sabinos e etruscos-úmbrios.

Cada uma destas tribos era dividida por cúrias. Cada uma das tribos foi dividida

igualmente por dez cúrias, somando um total de 30 cúrias, das quais cada uma possuía seus templos, seus deuses, sacerdotes e sacrifícios<sup>14</sup>.

Com o advento da república, Sêrvio mudou a divisão das classes romanas, abolindo as raças e substituindo-as por outra divisão baseada nos lugares da cidade ocupados pelas tribos. Ao invés das três tribos, organizou a sociedade romana em quatro: cada uma ocupava uma colina de Roma<sup>15</sup>. Impediu que os habitantes passassem de uma tribo para outra. Além destas quatro tribos, foram incorporadas umas tantas outras provenientes dos chamados povos rústicos, que eram formadas pela população rural somando um total de trinta e cinco tribos<sup>16</sup>.

Com a nova divisão feita por Sêrvio, o total de 30 cúrias não pode ser dividido igualmente entre as quatro tribos da cidade<sup>17</sup>. Em razão disto, Sêrvio manteve a divisão anterior por cúrias.

Foi feita ainda uma terceira divisão, sem se basear nas anteriores, cujo critério predominante era a riqueza. Como destaca Rousseau, pelos seus resultados, esta foi a mais importante de todas<sup>18</sup>.

Distribuiu o povo entre seis classes, sendo as primeiras ocupadas pelos ricos, as

últimas pela pobreza (a proletarii) e as médias por aqueles que gozavam de fortuna medíocre<sup>19</sup>.

Estas seis classes foram divididas em cento e noventa e três centúrias, das quais a classe rica predominava em oitenta<sup>20</sup>.

Cada tribo, cada cúria e cada centúria possuía um voto nos comícios e estes se realizavam ou por tribo, ou por cúria ou por centúrias. Durante a república os comícios por centúrias predominavam. O resultado foi que a classe menos numerosa em homens era a mais numerosa em centúrias, e que a última só representava uma subdivisão, ainda que compreendesse sozinha mais da metade dos habitantes de Roma<sup>21</sup>.

A esta última classe, a fim de que o povo percebesse menos as consequências desta divisão, Sêrvio deu-lhe feição militar.

As prerrogativas da *centuriata comitia* era a de eleger os cônsules, os pretores e votar as leis. Todavia, os candidatos às magistraturas eram propostos pelos seus predecessores, cabendo aos *centuriata comitia* o poder de confirmarem ou recusarem o candidato<sup>22</sup>.

O poder legislativo desta forma era exercido pelo povo, cabendo ao Senado e

9. GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, pág. 81.

10. MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, pág. 165.

11. MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, pág. 165.

12. MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, pág. 165.

13. BURNS, Edward Mcnall, História da Civilização Ocidental, pág. 235.

14. ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 132.

15. ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 131.

16. ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 132.

17. ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 132.

18. ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 133.

19. ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 133.

20. GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, pág. 82. e ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 133.

21. ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 133.

22. GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, pág. 82.

aos cônsules a função executiva. O senado dispunha do dinheiro público, era o árbitro do negócio dos aliados, decidia a guerra e a paz orientando os cônsules. Os cônsules procediam ao levantamento da tropa, comandavam o exército faziam a paz com os povos vencidos, impunham-lhes as condições ou enviavam-nas ao senado<sup>23</sup>.

O poder de julgar primeiramente era dos reis, posteriormente passou aos cônsules e depois aos pretores. A lei Valeriana proibiu aos cônsules de aplicar a pena capital permitindo ao réu apelar ao povo que era composto de patrícios, senadores e plebeus<sup>24</sup>.

A passagem da República ao Império faz-se lentamente. O progresso econômico, as dificuldades sociais, as vastas conquistas durante o século I a.c. provocaram uma crise política que tentativas de reformas buscaram remediar sem êxito. Octávio conseguiu centralizar em suas mãos todos os poderes deixando subsistir as instituições da República. Recebeu do Senado o título de Augusto, o *imperium proconsular*. Foi proclamado *imperator* desvinculado da lei<sup>25</sup>.

Daí por diante o regime político tornou-se o do Império, no qual todos os poderes ficaram concentrados nas mãos do imperador<sup>26</sup>.

O Imperador Constantino em 313 d.c. reconheceu a religião cristã e fundou a

nova capital de Constantinopla dividindo o Império Romano em dois: o do ocidente que afundou no século V e o do oriente que sobreviveu até o século XV.

## B) Do primado do feudalismo ao primado do absolutismo

A queda de Roma, sob a espada Odocero, em 476 D.C. assinala o fim da Idade Antiga. Inicia-se a Idade Média. O cristianismo desde o seu reconhecimento como igreja oficial do Império Romano, sob o cetro de Constantino, passa a ter forte influência sobre os indivíduos. Os antigos templos da religião romana de culto aos antepassados tornam-se igrejas. Diferentemente das antigas religiões, a cristã é revolucionária, pois o seu Deus é universal.

Seus princípios também o são, tais como, "amarás o teu Deus sobre todas as coisas", "amarás o próximo como a ti mesmo", "ama teus inimigos" faz o bem a quem te odeia", entre outros.

O esfacelamento do Império Romano, a partir das invasões bárbaras assinala o retorno das cidades-estado as quais se designou por feudos.

As instituições políticas feudo-vassálicas da idade média, que deram origem as constituições da idade moderna, só tiveram início a partir do império carolíngio, no ano de 800 d.c., quando o papa coroou Carlos Magno Imperador.

Os governos eram exercidos pelos senhores feudais. Bastava ser possuidor de um feudo para governar.

Estes governos baseavam-se num contrato entre suseranos e vassalos e, como tal, teoricamente qualquer das partes poderia denuncia-lo<sup>27</sup>. O limite do poder dos senhores feudais residia no poder de contenção da autoridade eclesiástica, que representava o poder espiritual na terra.

Assim, os governantes se comprometiam a governar com justiça, de acordo com as leis divinas e laicas. O súdito, enquanto o senhor não violar o contrato, fica obrigado a obedecer ao seu senhor.

Deste respeito ao contrato entre vassalo e suserano, deduz-se que o governo nos feudos era limitado, em oposição à autoridade absoluta<sup>28</sup>.

É bem verdade que estas instituições muito se diferenciam das instituições políticas modernas. Todavia, não se lhes pode negar que tinham como objetivos manter a paz interior e exterior. Os governos feudais administravam a justiça, regulavam os assuntos sociais, pesos e medidas, cunhavam moedas. Em razão disto, também proporcionavam meios materiais para atingir estes objetivos, tais como, a construção de edifícios públicos e o pagamento de funcionários e soldados<sup>29</sup>.

As constituições da europa medieval em geral eram monárquicas. Apesar de

o Rei não continuar sendo um sacerdote, como nas monarquias gregas e romanas, continua sendo o governante da cidade, com as atribuições de juiz e de general, assim como o chefe da família o era nas épocas primitivas.

O cargo da realeza também era hereditário, muito embora o princípio da primogenitura não fosse critério prevalente para a sucessão do trono.

O Rei tanto podia dividir o feudo dentre os seus filhos, como podia deixá-lo sob a administração de um tio ou a um irmão. Somente mais tarde adveio o princípio da indivisibilidade, juntamente com o conceito de nacionalidade.

As decisões do reino eram tomadas com a aprovação dos conselhos, formados por vassalos de feudos menores sob o seu comando. Todavia, a atividade administrativa limitava-se a promulgação do que hoje poder-se-ia se denominar de decretos administrativos. O governo feudal era um governo de leis, não de homens. A lei civil era um produto dos costumes ou da vontade divina a que o Rei e mesmo os vassalos ou senhores feudais tinham de respeitar<sup>30</sup>.

O sistema mantinha um equilíbrio eficaz entre o absolutismo e a anarquia, mediante a evolução gradual de um governo representativo. Apesar de os conselhos de senhores feudais e de bispos não serem eletivos, não perdiam, só por este fato, o

23. MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, pág. 169.

24. MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, pág. 171.

25. GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, pág. 83.

26. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 63; GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, pág. 84;

27. CRUMP, C. G., e JACOB, E. F., El legado de la Edad Média, pág. 606, e BURNS, Edward Mcnall, História da Civilização Ocidental, pág. 334.

28. BURNS, Edward Mcnall, História da Civilização Ocidental, pág. 334.

29. CRUMP, C. G., e JACOB, E. F., El legado de la Edad Média, pág. 598.

30. BURNS, Edward Mcnall, História da Civilização Ocidental, pág. 334.

seu caráter de órgão representativo e limitador da autoridade real<sup>31</sup>.

Os Conselhos de Bispos e de Senhores estavam capacitados para aconselhar o Rei acerca de determinada decisão, alertando-o se esta era ou não conveniente para sua segurança no trono.

Estes princípios não eram específicos e definidos, mas no geral sobre os assuntos importantes o rei deliberava assessorado por estes conselhos.

A função judiciária, como já relatado, era exercida pelos senhores feudais, nos respectivos territórios. Havia uma disputa entre os vassallos e os suseranos acerca da competência para julgar. Na medida em que o poder real enfraquecia, prevalecia a jurisdição local. O Rei, no entanto, procurava assegurar o direito de julgar a nível de apelação. Quando o poder real aumentava, além de julgar a nível de apelação, este controlava também a jurisdição local através da extensão de sua jurisdição às localidades. Para tanto, nomeava pessoas de sua confiança para dizer o direito. Havia um direito real de inspeção das jurisdições locais.

Ao julgar as lides a nível de recurso, o rei reforçava o seu apoio popular nas bases, enfraquecendo os senhores locais. Este jogo de forças entre aristocracia e realza já ocorria mesmo nas monarquias gregas, onde os reis aliavam-se aos pobres para libertar-se do jugo do Senado<sup>32</sup>.

No final da idade média, alguns fatos relevantes concorreram para desequilibrar este jogo de forças entre a nobreza e o Rei. A guerra das rosas entre facções rivais de barões, na Inglaterra, enfraqueceu a nobreza e tornou propícia a concentração do poder sob o comando da dinastia dos Tudors, em 1455<sup>33</sup>. As cruzadas também foram fator determinante do enfraquecimento dos feudos, do que redundou uma gradativa preponderância do poder monárquico sobre o poder feudal. Disto resultou a formação dos estados nacionais, primeiramente na França, Inglaterra e Espanha.

Portugal, condado português, onde Senhor feudal, Duque de Borgonha tornou-se Rei, sem intermediários entre o povo e o poder real, é apontado por muitos historiadores, como o primeiro estado nacional moderno.

Os poderes estatais concentram-se nas mãos do Rei, com poderes absolutos e ilimitáveis: "Dado que o direito de representar a pessoa de todos é conferido ao que é tornado soberano mediante um pacto celebrado apenas entre um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos outros, não pode haver quebra do pacto por parte do soberano e, portanto, nenhum dos súditos pode libertar-se da sujeição, sob qualquer pretexto de infração por parte do soberano", afirmava Hobbes<sup>34</sup>.

A idéia de que o soberano não pode ser punido pelos atos injustos que pratica,

mesmo que cometidos contra os súditos, caracterizava a ilimitação de poder.

Concentram-se na pessoa do soberano, a autoridade judicial, legislativa e executiva.

A queda de Constantinopla em 1553, assinala o fim do Império Romano do oriente. Do oriente emigram sábios e artistas para o ocidente. Esta onda cultural que se espalha na Europa deu origem à renascença.

O direito privado começa a sofrer novas influências decorrentes do renascimento da cultura greco-romana. Há uma tendência para a sua unificação do direito dentro das novas nações e dos grandes principados, tendo como fonte do direito, cada vez mais o soberano em nome do Estado. Isto gera o absolutismo.

C) Evolução da separação de poderes na Inglaterra

O absolutismo criara um espírito nacionalista do que resultou um direcionamento para o exercício do poder a nível nacional, em detrimento do poder feudal ou local.

Foi na Inglaterra que o poder absoluto do Rei, pelos anos de 1.200 D.C., começou a ser primeiramente contestado. O jogo de forças entre a nobreza e a monarquia ainda subsiste, apesar do predomínio do poder real sobre a nobreza.

O Parlamento, herdado da idade média, era composto da câmara dos comuns e da câmara dos lordes. Houve na Inglaterra uma fusão entre parte da nobreza menos influente e o terceiro estado, redundando na formação da câmara dos comuns. A câmara dos lordes era formada pelos grandes senhores feudais<sup>35</sup>.

Os Senhores Feudais freqüentemente eram convocados pelo Rei a se reunirem no Parlamento para discutir sobre as finanças necessárias para financiar as guerras.

A dinastia dos Tudors mantém a preponderância do poder real de 1485, final da guerra das duas rosas, até o ano de 1603<sup>36</sup>. Durante este período, muito embora o Rei convocasse o parlamento com freqüência, continuava ele exercendo o seu poder de forma absoluta, tanto quanto o Rei da França<sup>37</sup>. O Rei exercia sua jurisdição local nomeando magistrados de sua confiança, que normalmente eram pessoas de renome nas localidades.

Havia uma relação de interdependência entre o Rei e parlamento. Este com, representatividade local, procurava impor-se ao Rei através da edição dos Bill of Rights. Cada vez que o Rei convocava o parlamento para levantar recursos financeiros, o parlamento lhe impunha um Bill.

O Rei Carlos I, quando assumiu o trono resolveu declarar guerra à França com

31. CRUMP, C. G., e JACOB, E. F., *El legado de la Edad Média*, pág. 614.

32. DE COULANGES, Fustel, *A cidade antiga*, pág. 352.

33. BURNS, Edward McNall, *História da Civilização Ocidental*, pág. 425.

34. HOBBS, Thomas, *LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, pág. 114.

35. CRUMP, C. G., e JACOB, E. F., *El legado de la Edad Média*, pág. 614.

36. MOSCA, Gaetano, *História das Doutrinas Políticas*, completada por Gaston Bouthoul, pág. 161.

37. MOSCA, Gaetano, *História das Doutrinas Políticas*, completada por Gaston Bouthoul, pág. 161.

o intuito de socorrer os huguenotes de La Rochelle, que também eram protestantes e lhe haviam pedido ajuda.

O Rei Carlos I convocou o parlamento que lhe forneceu subsídios necessários para socorrer a cidade sitiada. Sucedeu que os ingleses perderam a batalha e tiveram de retornar<sup>38</sup>.

O Rei e os nobres acusaram-se mutuamente acerca das responsabilidades pelo fracasso. O Rei dissolveu por duas vezes o parlamento convocando a outros na busca de ajuda financeira. Um terceiro Parlamento foi convocado e concordou em fornecer mais subsídios mediante a aprovação do chamado Bill of Rights (ato de direitos) que impunha restrições ao exercício do poder régio.

Aproximadamente em 1625 ocorreu o 1º Bill of Rights no qual ficou definido que<sup>39</sup>:

1- O Rei não poderia cobrar impostos, sequer sob a forma de contribuições ou doações sem consentimento do parlamento;

2- ninguém poderia ser perseguido por se recusar a pagar impostos não autorizados pelo parlamento.

O Rei Carlos I não cumpriu as determinações deste Bill of Rights. Houve uma guerra civil entre os parlamentares, de um lado, e o Rei Carlos I, de outro.

O exército parlamentar liderado por Oliver Cromwell acabou por prender Carlos I, o qual foi julgado e condenado a pena de morte, sendo executado no ano de 1649.

O governo Cromwell foi uma república ditatorial militar, regime até então desconhecido na Inglaterra<sup>40</sup>. Oliver Cromwell morreu em 1658 e com ele foi enterrada a ditadura. Houve uma fase de transição na qual o filho de Cromwell governou. Após várias disputas retornou à Inglaterra a monarquia, assumindo o trono o filho do Rei Carlos I, Carlos II.

Diferentemente de seu pai, Carlos II não aspirava exercer um poder absoluto.

Havia uma relação de interdependência entre o Rei e parlamento. Este com representatividade local procurava impor-se ao Rei através dos Bill of Rights. Cada vez que o Rei convocava o parlamento para levantar recursos financeiros, o parlamento lhe impunha um Bill. A autoridade parlamentar foi se firmando, pouco a pouco, transferindo para si o poder de governo.

Em 1685 morre Carlos II, assumindo em seu lugar como sucessor seu irmão Jaime II, fervorosamente católico de tendência absolutista<sup>41</sup>.

O Rei Jaime II estava com idade avançada e tinha duas filhas protestantes provenientes de um primeiro casamento. Quando nasceu um filho seu com a segun-

da mulher, este foi batizado católico. O direito deste príncipe excluía da sucessão as filhas protestantes do Rei. O parlamento sentiu o temor de instalar-se novamente na Inglaterra uma dinastia de religião católica, com tendências absolutistas<sup>42</sup>.

O Parlamento procurando evitar este perigo firmou um acordo com o príncipe Guilherme de Orange, que era casado com a filha mais velha de Jaime II, para a deposição do rei.

Em 1688 Guilherme de Orange invade a Inglaterra com seu exército, recebendo o apoio do parlamento Inglês. Diante da impopularidade do Rei Jaime II, não houve maiores dificuldades para derrubá-lo. O Rei Jaime II refugiou-se na França jogando o sinete real no Tâmesa<sup>43</sup>. Guilherme Orange e Maria, sua esposa, foram proclamados respectivamente Rei e Rainha da Inglaterra. Efetivou-se, desta forma, o que os ingleses chamaram de revolução gloriosa.

Em 1689 o Parlamento discutiu e aprovou o segundo Bill of Rights determinando que<sup>44</sup>:

1- Os reis da Inglaterra deveriam ser protestantes;

2- Nenhuma guerra podia ser declarada sem o consentimento do parlamento;

3- Nenhum estrangeiro poderia fazer parte do Conselho Privado;

4- Todas as decisões reais para terem força executória, deveriam ser contra-assinadas por um membro do Conselho Privado;

5- Todas as decisões reais, para ter força executória, deveriam ser aprovadas por um membro do Conselho Privado;

6- Todos os juízes deveriam ser nomeados em função de sua conduta exemplar;

7- O rei não podia suspender o processo de impeachment;

8- Nenhum soberano inglês poderia deixar a Inglaterra sem o consentimento do Parlamento.

A partir daí, o parlamento assume definitivamente a condição de legislador independente do poder régio. Como bem acentua Gaetano Mosca ainda, não se poderia denominar o regime inglês como sendo o parlamentar.

O Conselho Privado, a que se fez alusão no Bill of Right de 1689, era um corpo político que assistia o soberano no exercício de suas funções políticas, composto de 50 a 60 membros aproximadamente. O número de membros era excessivo, tornando-o pouco apto para exercer as suas funções rapidamente e em segredo, quando necessário.

No reinado de Carlos II, afim de evitar estes inconvenientes, reduziu-se esse

38. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 168.

39. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 168.

40. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 173.

41. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 176.

42. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 177.

43. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 177.

44. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 179.

número aos quatro ou cinco membros mais influentes do Conselho Privado. Estes discutiam os assuntos mais importantes, e posteriormente os levavam à reunião plenária do Conselho. Este grupo restrito do Conselho, que também atuou nos reinados de Jaime II, de Guilherme II e da rainha Ana, foi denominado Gabinete.

Em 1714, o primeiro Rei da Dinastia de Hanover, Jorge I, que só falava o idioma alemão, teve a idéia de chamar para o Gabinete os membros mais influentes da Câmara dos Comuns. Por influência de Horácio Walpole, conselheiro do Rei durante quase vinte anos, Jorge I passou a escolher para a composição do Gabinete somente membros do partido majoritário, que na época eram os Whigs. Como Jorge I sequer entendia a língua inglesa, o Gabinete passou a reunir-se sem ele, adquirindo o hábito de simplesmente submeter à sua assinatura as decisões tomadas sem a sua presença. Foi desta forma que o Gabinete, órgão até então desconhecido pela constituição inglesa, passou a exercer de fato o poder executivo<sup>45</sup>.

Jorge II, filho do Rei, seguiu o exemplo do pai abstendo-se completamente. Seu sucessor, Jorge III, nascido na Inglaterra, foi o último rei que procurou ainda conservar as prerrogativas da antiga monarquia. Após o seu reinado tornou-se impossível, na Inglaterra, governar sem o apoio de um dos partidos políticos<sup>46</sup>.

Foi a partir desta época que um governo parlamentar puro estabeleceu-se na Inglaterra<sup>47</sup>.

As grandes modificações ocorridas posteriormente no parlamento, foram decorrentes do sistema eleitoral dos seus integrantes. Havia três correntes doutrinárias divergentes. O partido conservador pregava que apenas os proprietários de terras deveriam exercer o direito de voto.

Uma segunda corrente defendia que se deveriam enquadrar como eleitores também os proprietários de bens móveis, que eram os grandes industriais da época<sup>48</sup>. Por certo não havia a idéia de bem imóvel por acessão física. Havia também uma corrente democrática, influenciada pelos franceses, que defendia o sufrágio universal.

A segunda corrente acabou prevalecendo. Somente no ano de 1867 o direito de voto foi estendido a todos os chefes de família. Após a segunda guerra mundial (1939/1945) o sufrágio foi concedido às mulheres.

## II – Funções Estatais e Separação De Funções

### 1. Introdução

O presente capítulo está dividido em duas partes:

Na primeira parte (A) estudaremos o conceito de função estatal, partindo de

uma visão geral e introdutória, para chegar, posteriormente, à sua especificidade, traçando-lhe também os seus objetivos.

Na segunda parte (B) deste capítulo analisaremos o instituto da separação de poderes, seus objetivos e formas de funcionamento nos sistemas presidencialista e parlamentarista de governo.

### A) Funções do Estado

#### 1. Considerações iniciais sobre o tema

O Estado, na doutrina predominante, é constituído por território, povo e soberania. O Estado na comunidade internacional é visto como uma personalidade jurídica. Esta pessoa, como resultado da soma de pessoas políticas individuais, deve organizar-se internamente. Nas democracias a soberania, concebida como o poder que a comunidade detém de auto-governar-se frente as demais, é exercida pelo povo, através de um governo.

Chama-se Estado de Direito aquele que se organiza apoiado em leis, das quais a mais importante e da qual se originam as demais é a Constituição, onde se estabelecem os objetivos da sociedade e os meios pelos quais se pretende atingi-los.

O Estado deve organizar-se e auto-reger-se politicamente para atingir seus objetivos. Na impossibilidade de todas as pessoas se auto-governarem, pois que a vontade de

cada um dos indivíduos diverge da vontade coletiva, a sociedade delega o exercício do poder político a uma pessoa ou a um grupo de pessoas saídas dela mesmo<sup>49</sup>. Desta delegação de poder deriva uma divisão social e uma relação de mando-subordinação entre uns e outros; entre governantes e governados. Aos governantes cabe a missão de exercício do poder político em nome dos demais. Nesta condição, exerce funções estatais.

Pode-se, pois, dizer que as funções do Estado são a forma pela qual os governantes exercem o seu poder no âmbito de uma dada sociedade.

As três funções clássicas de deliberação, execução e jurisdição, são originárias da doutrina política de Aristóteles<sup>50</sup>.

Em 1748, Montesquieu publica sua obra histórica onde se referiu as três funções da seguinte forma<sup>51</sup>: “*Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem das gentes, e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos a este último o poder*”

45. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 182.

46. Jorge III morreu em 1810.

47. MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, pág. 182.

48. Nota do autor: Benjamim Constant dedica um capítulo de sua obra Princípio Político Constitucional para fundamentar a idéia da propriedade imobiliária como condição para o exercício do direito de voto. Isto porque, segundo ele, “somente a propriedade assegura o ócio necessário à capacitação do homem para o exercício dos direitos políticos”.

49. HOBBS, Thomas, LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil, pág. 54.

50. ARISTÓTELES, A Política, livro VI, capítulos XI, XII e XIII, págs. 202, 205 e 210 respectivamente.

51. MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, pág. 156.



de julgar e, ao outro, simplesmente o poder executivo do Estado.”

A estas três devem ser acrescidas mais duas funções estatais: a Chefia de Estado, concebida pelo francês Benjamin Constant sob inspiração da Constituição Inglesa, também denominada de Poder Moderador<sup>51</sup>; a função executiva ou administrativa, que caracterizou os Estados intervencionistas deste século XX<sup>52</sup>.

Portanto, ao contrário do que poderíamos imaginar *prima facie*, por vivermos num sistema presidencialista, mesmo no âmbito dos tradicionais poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, são exercidas cinco funções estatais: de Chefia de Estado, de Chefia de Governo, Deliberativa, Executiva e Jurisdicional.

Com o objetivo de expor as principais características de cada uma destas funções estatais, passamos a realizar uma análise sucinta de cada uma delas, nesta mesma ordem.

## 2. Função de Chefia de Estado

A Chefia de Estado surgiu como decorrência natural da evolução constitucional inglesa. Como vimos, Rei Jorge I, da

dinastia de Hanover, era alemão e desconhecia a língua inglesa. Em razão da dificuldade de se comunicar com o parlamento, passou a convocar um pequeno grupo de nobres da Câmara dos Comuns para se reunir em seu gabinete. Tempos depois, o gabinete passou a ser composto apenas de membros do partido majoritário. E como o Rei pouco se interessava pelos assuntos políticos partidários, o gabinete passou a deliberar e decidir sozinho, pois a assinatura do Rei tornou-se mera formalidade.

Em sua obra clássica, Benjamin Constant, afirmava que o grande vício das constituições até então vigentes, era o de não terem criado um poder neutro e acima dos demais, o qual, nesta condição poderia evitar que um dos poderes destruísse outro<sup>53</sup>.

Na Inglaterra, no entanto, tal distinção já era uma realidade. Benjamin Constant, ao sustentar esta distinção indicava a Inglaterra como exemplo. “Para fixar melhor minhas idéias...” declara Benjamin Constant “... rogo ao leitor que coteje minhas afirmações com a realidade...”<sup>54</sup>. “Esta realidade...” prossegue Benjamin Constant, “... encontra-se na monarquia inglesa que criou este poder neutro e moderador, o poder real, independente do executivo<sup>55</sup>”.

52. N. do autor: “Temos aqui a palavra poder empregada em dois sentidos diversos: - Quando utilizamos a palavra poder e que implícita ou explicitamente a adjetivamos com a palavra político, nos referimos a uma relação de mando-subordinação entre estado e cidadão.

- Quando utilizamos a palavra poder adjetivando-a com uma função estatal (legislativa, executiva, etc.) a identificamos como sinônimo de órgão que exerce funções estatais.

53. REBECQUE, Henri Benjamin Constant de, Princípios Políticos Constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814).

54. REBECQUE, Henri Benjamin Constant de, Princípios Políticos Constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814), pág. 74.

55. REBECQUE, Henri Benjamin Constant de, Princípios Políticos Constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814), pág. 74. N. do Autor: A palavra executivo a que se refere Benjamin Constant, é o que, em linguagem moderna se entende por Chefia de Governo.

A partir desta obra clássica, passou-se a fazer a distinção entre a Chefia de Estado e a Chefia de Governo: o rei como Chefe de Estado e o Primeiro Ministro, como Chefe do Governo formado pelo Gabinete.

A este fenômeno político, a doutrina atribuiu, na Inglaterra, a denominação de Monarquia Constitucional. Não se tratava mais da Monarquia dos Estados absolutistas, mas de uma Monarquia limitada, à semelhança das Monarquias medievais<sup>56</sup>.

Ao examinar a Constituição francesa de 1814, Constant procura demonstrar a existência desta separação entre o poder do ministério e o poder real. Concluiu que “... na medida em que a Constituição estabelece responsabilidades aos ministros, separa claramente estes do poder real e inviolável”<sup>57</sup>.

Entre nós, Dom Pedro I, ao outorgar a Constituição do Brasil de 1824, fê-la monárquica representativa, atribuindo ao Monarca o Poder moderador.

A definição do poder moderador foi expressamente consagrada no art. 98, da Constituição do Império do Brasil. Segundo este dispositivo, “o Poder Moderador é a chave de toda a organização política, é delegado privativamente ao Imperador, como chefe Supremo da Nação, e o seu primeiro representante, para que vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”.

56. TÔRRES, João Camillo de Oliveira, A Democracia Coroada – Teoria Política do Império do Brasil, pág. 119.

57. REBECQUE, Henri Benjamin Constant de, Princípios Políticos Constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814), pág. 73.

58. VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 155.

59. VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 155.

60. VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 155.

Com a proclamação da República no Brasil, desapareceu o parlamentarismo e, com ele, o poder moderador em nossa organização política. A definição contida no art. 98, da Constituição do Império, no entanto, preserva até os nossos dias um sentido de verdade.

Na Inglaterra e noutras democracias coroadas, o poder real continuou até os nossos dias a exercer a sua função de manutenção da unidade da nação, na condição de um poder moderador puro. Sobre as demais funções estatais, das quais fora gradativamente despedido após o absolutismo, a Chefia de Estado passou a exercer um poder de fiscalização.

Para José Zafra Valverde, “... a função de chefia do Estado nos dá uma idéia, ou pelo menos tende-se a tê-la, de ser uma figura política central e superior às demais que compõem o Estado...”<sup>58</sup>. “Este poder superior...” prossegue o autor “...de Chefia de Estado a Chefia, deve denominar-se ‘Poder de Autoridade’”<sup>59</sup>.

Conclui o constitucionalista espanhol afirmando que “... apesar de suas pequenas possibilidades de influência a nível de regras constitucionais, o chefe de Estado exerce sua autoridade com base em sua dignidade e personalidade íntegras, e sempre reconhecidas por todos”<sup>60</sup>.

Como característica própria deste Poder moderador, centralizador e unificador

dos demais poderes e da própria nação, podemos apontar como a mais fundamental de todas a como sendo o exercício apartidário da função, que visa a atender os objetivos do Estado global<sup>61</sup>. O exercício da Chefia de Estado se dá em nome do Estado como um todo e não fracionadamente<sup>62</sup>.

Dentre as principais atribuições do Chefe de Estado, contidas na Constituição Federal de 1988, podemos apontar a convocação do Conselho de Defesa Nacional, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores, a representação do Brasil nas relações internacionais, a decretação do estado de defesa e do estado de sítio, o exercício do comando das Forças Armadas, etc...

### 3. Função de Chefia de governo

A função de chefia de governo assume um papel de extrema relevância na medida em que atua ativamente, dirigindo a política partidária e elaborando as leis conjuntamente com o poder deliberativo. É, efetivamente, o poder que está mais capacitado para decidir acerca do desenvolvimento da coletividade<sup>63</sup>.

Atualmente, a chefia de governo propõe emendas constitucionais, projetos de leis, decretos legislativos, etc., de forma a dar impulso à dinâmica estatal. A contrari-

idade aos objetivos do governo é o que se denomina de oposição<sup>64</sup>.

A oposição, neste sentido, tem fundamental importância ao apontar as falhas do governo. Este jogo entre oposição e governo constitui a base das sociedades pluralistas, pois, ela exerce a última instância de limitação do poder: o jogo do controle democrático.

Diferentemente da Chefia do Estado, a Chefia de Governo caracteriza-se pelo partidarismo, que se traduz na linha de ação político-ideológica da maioria. Esta linha de ação, nos Estados democráticos, são formuladas e submetidas à aprovação da opinião pública através dos partidos políticos<sup>65</sup>. Cabe a Chefia do Governo a função de exercício da direção político-administrativa do Estado<sup>66</sup>.

Para possibilitar o exercício desta função, o Chefe de governo tem o poder de nomear os Ministros de Estado, de iniciativa de projetos de lei sobre diversas matérias, da edição de medidas provisórias, etc...

### 4. Função Deliberativa

As expressões corpo deliberativo, de Aristóteles, e Poder Legislativo, para Montesquieu, são sinônimas<sup>67</sup>.

O Parlamento, no entanto, não é um órgão que elabore com as leis com exclusi-

vidade. A elaboração das leis é o resultado de um trabalho coordenado entre a Chefia de Governo e o Parlamento. Sendo que, a estratégia político partidária é de iniciativa da Chefia de Governo.

Assim, a elaboração de leis, ou melhor, a função legislativa, nada mais é do que o fruto da atuação destes dois órgãos. A Chefia de Governo exerce a função de direção política, cabendo ao Parlamento, por sua vez, a função de aprovação dos projetos e controle da atuação governamental. Em linguagem popular, todavia, a palavra governo designa apenas a Chefia de Governo, excluindo a atuação do Parlamento.

Nos Estados constitucionais, tanto os órgãos que exercem a função deliberativa quanto a função de direção política, se constituem de cidadãos-representantes eleitos por sufrágio.

A função deliberativa ou do Poder legislativo, tem evoluído, mesmo nos sistemas presidencialistas, como um órgão mais de contribuição para as tomadas de decisão do governo, do que pelo seu caráter de órgão legislativo puro e exclusivo, idealizado originariamente<sup>68</sup>.

Modernamente, o Parlamento apresenta três características básicas: de repre-

sentação, de discussão e de publicidade<sup>69</sup>.

A representação parlamentar através da conquista do direito de sufrágio universal, sem dúvida nenhuma constitui a base das democracias modernas<sup>70</sup>. O parlamento de hoje reúne ideologias as mais diversas, garantindo o direito de participação de várias facções políticas, que se dividem entre a maioria, que sustenta o governo, e a oposição, que fiscaliza o governo: processo democrático de controle e limitação do poder.

A discussão parlamentar e a troca de idéias sobre as decisões políticas procuram traduzir a vontade geral da sociedade. Dentro da concepção rousseauiana de contrato, têm a virtude de obrigar os governantes a buscar uma vontade comum para se chegar ao consenso<sup>71</sup>.

O Parlamento é o termômetro da democracia, onde suas regras fundamentais, são amplamente aplicadas<sup>72</sup>. A sua legitimidade depende do consenso verificado periodicamente através de sufrágio popular. As leis que o parlamento aprova dependem da decisão da maioria dos parlamentares<sup>73</sup>.

Fundamentalmente, aplica-se nestes dois níveis de votação – do povo elegendo

61. SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha, A Crise da Democracia no Brasil, pág. 82.

62. SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha, A Crise da Democracia no Brasil, pág. 82.

63. VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 153.

64. SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha, A Crise da Democracia no Brasil.

65. SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha, A Crise da Democracia no Brasil, pág. 85.

66. VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 153.

67. ARISTÓTELES, A Política, pág. 202.

68. VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 162.

69. SCHMITT, Carl, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, págs. 41 a 43, apud, VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 162.

70. SCHMITT, Carl, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, págs. 41 a 43, apud, VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 162.

71. SCHMITT, Carl, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, págs. 41 a 43, apud, VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 162.

72. BOBBIO, Norberto, O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo, pág. 68.

73. BOBBIO, Norberto, O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo, pág. 68.

seus representantes e do parlamento aprovando leis – o princípio máximo da democracia: o princípio da maioria.

O Parlamento é a base de sustentação político-partidária da Chefia de Governo. Sem o apoio do Parlamento o Governo não consegue exercer seu plano político dependente de legislação nova. O artigo 48 da nossa Constituição Federal, consagra a regra geral, atribuindo "... ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, (...), a competência para dispor sobre todas as matérias de competência da União".

Por fim, não se deve esquecer que, todas as atividades do Parlamento são públicas e devem ser públicas para atingir o ideal democrático<sup>74</sup>. Isto para que cada cidadão possa tomar conhecimento e fazer o juízo crítico acerca do desempenho de seus representantes, o que possibilita um amadurecimento político da sociedade e o aperfeiçoamento da democracia. Neste sentido, papel muito importante desempenham os meios de comunicação do país, razão pela qual a liberdade de opinião de cada indivíduo e mesmo dos meios de comunicação são fundamentais no jogo democrático<sup>75</sup>.

## 5. Função Administrativa ou Executiva

A Administração Pública deve ser entendida como o órgão que executa as decisões políticas tomadas pelo Governo<sup>76</sup>.

Esta função corresponde ao que a doutrina tradicional denomina por Função Executiva. Nesta acepção, deve-se entender que a Função Administrativa se aplica tanto às decisões políticas como aquelas disposições de caráter técnico-utilitário, necessárias a vida em comunidade<sup>77</sup>.

Num sentido dinâmico, Giorgio Pastori, afirma que Administração Pública é o órgão que realiza o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências, consideradas de interesse público<sup>78</sup>.

No mesmo sentido, Charles Debbasch: "*Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenado à execução das decisões políticas*"<sup>79</sup>.

Pode-se dizer que a atividade administrativa é subordinada ao poder de direção política, na medida em que seus órgãos são comandados por Ministros nomeados pelo Chefe de Governo. Basicamente, a fun-

ção administrativa tem por finalidade a execução da política governamental vigente.

Para atingir seus objetivos a Função Administrativa se utiliza de um aparato de burocratas, composto de um corpo de funcionários necessários à consecução de seus fins, de empresas públicas, autarquias, fundações e sociedades de economia mista. Tais circunstâncias alçam o Poder executivo à condição de ser em termos orgânicos o maior de todos os poderes.

O extremo crescimento da máquina administrativa, através das empresas estatais, fundações e autarquias públicas, tem sido uma marca dos Estados contemporâneos intervenionistas do século XX<sup>80</sup>. Neste final de século, no entanto, já fala-se da crise do Estado intervencionista, incapaz de gerenciar eficientemente os seus empreendimentos.

## 6. Função Jurisdicional

A Função Jurisdicional, desde Aristóteles, passando por Montesquieu, até os nossos dias, ainda guarda o conteúdo significativo original. Não sem razão, pois que suas características são bem definidas.

A Função Judiciária consiste, basicamente, no sistema pelo qual a sociedade delega a um terceiro, sujeito imparcial, a incumbência de compor os litígios entre os indivíduos. A composição dos litígios deve ser obtida com base na vontade geral de uma sociedade, expressa nas leis. Este é o princípio ortodoxo, que deve ser visto com flexibilidade.

Não é objeto do presente trabalho a discussão acerca do problema da prestação jurisdicional adstrita à lei, ou não. Mas é inegável o fato de que ao Poder Judiciário incumbe, de regra, o dever de interpretar e aplicar a lei geral e abstrata ao caso, que é concreto e específico.

Como características, podemos dizer que a Função Jurisdicional, deve ser apartidária. Nenhuma das pessoas que exercem esta função deve ter a chamada responsabilidade político-partidária.

A responsabilidade político-partidária, está vinculada a um determinado partido político (que pode ser majoritário ou não).

A atividade jurisdicional, diversamente, é exercida em prol da totalidade. Esta característica, impõe ao magistrado o dever de julgar a favor do direito objetivo vigente, muitas vezes em detrimento das motivações ideológicas subjetivas.

Isto implica na obrigação daqueles que exercem a Função Jurisdicional, de compor os litígios existentes em favor do todo, conciliando as relações existentes entre fortes e fracos – sociedade e Estado – mantidas com base no poder político; entre ricos e pobres, mantidas com base no poder econômico; e entre sábios e ignorantes, mantidas com base no poder ideológico<sup>81</sup>.

Nas sociedades pluralistas esta missão compreende, genericamente falando, compor litígios entre superiores e inferiores.

74. SCHMITT, Carl, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, págs. 41 a 43, apud, VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 162.

75. SCHMITT, Carl, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, págs. 41 a 43, apud, VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 162.

76. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constitución, pág. 66.

77. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constitución, pág. 66.

78. PASTORI, Giorgio, Dicionário de Política, pág. 12.

79. DEBBASCH, Charles, Institutions Administratives, pp. 10-12, apud, SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, pág. 551.

80. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constitución, pág. 66.

81. BOBBIO, Norberto, Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política, pág. 83.

As regras de composição destes litígios são expressas nas leis, para as quais todas estas forças colaboram para sua elaboração. A soma destas relações de poder compõe a totalidade das pessoas políticas do Estado. E estas, nos Estados constitucionais, firmam o pacto de se submeter às decisões da maioria, regra fundamental do processo democrático de auto regulamentação da sociedade. Neste pacto se inclui, evidentemente, o Poder Judiciário, o qual deve se submeter às regras do jogo democrático. A ele o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição.

## 7. Considerações finais

Com base nos fatos históricos e da análise dos autores citados, podemos concluir que há, em linhas gerais, uma nítida distinção entre as funções estatais exercidas pelo Estado, de forma a podermos dividi-la em dois grupos:

De um lado, temos aquelas funções que devem ser exercidas em nome da sociedade global e que se caracterizam pela pretensão de serem totalitárias ou absolutas na consecução dos seus fins. Estas, mesmo atingindo sua plenitude, não estarão suprimindo a sociedade pluralista, ao contrário, tenderão a torná-la mais justa. Tais funções são aquelas que se caracterizam por serem apartidárias, pois visam antes de tudo atingir os objetivos do Estado como um todo<sup>82</sup>. A justiça social utópica seria atingida na sociedade pluralista, ainda que em horizon-

tes distantes, se todas as funções pudessem ser exercidas na sua totalidade, em busca dos fins da unidade dentro das diversidades. Podemos classificar com estas características as funções de Chefia de Estado, Administrativa e Jurisdicional.

De outro lado, temos aquelas funções que não podem ser exercidas de forma totalitária, na medida em que as pessoas não têm um ideal político unitário e absoluto. São aquelas funções que visam os objetivos de governo e que se baseiam no princípio democrático da maioria; que buscam o consenso, permitindo o dissenso<sup>83</sup>.

Estas funções são, em razão disto, partidárias tendo como corredores de ligação entre o povo e o governo, os partidos políticos. São as funções, de Chefia de Governo e de Deliberação, que tomam as decisões políticas fundamentais de um Estado a que Rousseau, Locke e Montesquieu substancialmente designariam de Poder Legislativo.

## B) Separação de Funções

### 1. Considerações iniciais

O princípio da separação das funções estatais surgiu como forma de combater o absolutismo, através do enfraquecimento das possibilidades do exercício tirânico do Poder. Se a união faz a força, a sua desunião, *contrario sensu*, enfraquece o poder.

Aristóteles, analisando as constituições das cidades-estado gregas, identificou as funções de deliberação, execução e ju-

risdição<sup>84</sup>. Todavia, como observa Loewenstein, "... Aristóteles intentó un análisis de las funciones estatales según su substancia ...", o que não nos permite dizer que ele pretendia atribuir a órgãos diferentes cada uma destas funções objetivando a limitação do poder estatal<sup>85</sup>.

A noção de separação de poderes, como forma de limitação do abuso de poder, teve como ponto de partida a história inglesa, onde o parlamento conseguiu pela força impor-se às Monarquias absolutas até então existentes.

O marco desta luta foi a revolução gloriosa, com a derrubada do Rei Jaime II.

John Locke, foi o grande defensor da autoridade do parlamento inglês frente ao Rei, após a revolução gloriosa.

Para Locke, os poderes legislativo e executivo deveriam ser separados, ao justificar que "...pode ser tentação demasiado grande para a fraqueza humana, capaz de tomar conta do poder, que as mesmas pessoas que tem por missão elaborar as leis também tenham nas mãos a missão de pô-las em prática, ficando desta maneira isentas de obediência às leis que fazem, e podendo amoldar a lei, não só quando a elaboram como quando a põem em prática, a favor delas mesmas, e assim passarem a ter interesses distintos do resto da comunidade contrário ao fim da sociedade e do governo"<sup>86</sup>.

Foi, no entanto, do aristocrata Montesquieu, o mérito de ter elaborado a

teoria da separação de poderes, com a instituição de um terceiro poder independente: o poder judiciário.

O princípio da tripartição de poderes, concebido por Montesquieu, foi resultado do estudo da república romana e da realidade inglesa. Montesquieu estudou na Inglaterra onde leu as obras de Locke e tomou conhecimento de suas idéias.

Pregou a tripartição de poderes, atribuindo a cada órgão o exercício de uma função. Tinha em mente combater os regimes absolutistas, concentrados e ilimitados, através de um sistema de divisão do exercício do poder político em órgãos distintos.

Segundo Montesquieu "quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente"<sup>87</sup>.

Ao sustentar a independência do judiciário, afirma que "não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor"<sup>88</sup>.

A separação tinha por objetivo a garantia da liberdade dos cidadãos. A Declara-

82. SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha, A Crise da Democracia no Brasil, pág. 82.

83. SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha, A Crise da Democracia no Brasil, pág. 84.

84. ARISTÓTELES, A Política, livro VI, capítulos XI, XII e XIII.

85. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constitución, pág. 57.

86. Locke, John, Segundo Tratado Sobre o Governo, pág. 97.

87. MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, pág. 80.

88. MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, pág. 80.

ção de Direitos de 1789 estabeleceu o princípio da separação de poderes como caracterizador do Estado constitucional liberal, o qual, ainda sobrevive atualmente como técnica destinada a garantir as liberdades individuais ou privadas.

As antigas distinções das formas de Governo de Aristóteles entre monarquia, aristocracia e democracia<sup>89</sup>, ou mais recentemente, a partir da época moderna, a distinção de Maquiavel entre monarquia e república, não tem mais predominado na doutrina política<sup>90</sup>.

Karl Loewenstein apresenta-nos uma classificação contemporânea, que superou as antigas distinções de forma de governo nos Estados constitucionais modernos<sup>91</sup>.

Utiliza como base desta classificação a dicotomia separação-concentração de funções para designar os Estados constitucionais e autocráticos, respectivamente, baseado na doutrina de separação de poderes de Montesquieu<sup>92</sup>.

Os Estados autocráticos ou totalitários, observa Loewenstein, caracterizam-se pela atividade de um só órgão político con-

centrar sob as suas mãos todas as funções estatais<sup>93</sup>. Normalmente, estes Estados são governados sob uma disciplina semelhante à dos exércitos, exemplifica<sup>94</sup>.

Já os Estados constitucionais caracterizam-se pela distribuição do poder em vários órgãos independentes e que somados formam a unidade do poder político<sup>95</sup>. As ditaduras latino-americanas predominantes nos anos 60 e 70, muito embora formalmente suas constituições organizassem o Estado com poderes independentes, eram Estados pseudo-constitucionais, pois os demais poderes ficavam submetidos ao ditador<sup>96</sup>. O que importa nesta classificação é uma separação ou concentração de poderes substancial, baseada na realidade<sup>97</sup>.

O princípio da separação de poderes ou funções estatais ultrapassa a simples finalidade de organização e divisão do trabalho para o exercício do Poder Político, para caracterizar aqueles Estados onde a liberdade política, religiosa, de opinião, ideológica, econômica estão garantidas.

Em outras palavras, a separação de poderes garante o direito a cada cidadão de

89. ARISTÓTELES, A Política, livro VI. N. do autor: A monarquia, para Aristóteles, é o governo do Estado exercido por uma só pessoa. Nas cidades-estado, como vimos na parte histórica, as monarquias se fundavam no culto aos antepassados; a sua degeneração caracterizava o governo tirânico. O governo aristocrático era o exercido pelos chefes de família em conjunto; também se baseava inicialmente no culto aos antepassados, na nobreza do sangue das pessoas que tinham religião; a degeneração desta forma boa de governo era a chamada oligarquia. A democracia compreendida como o governo de todos também foi descrita na parte histórica deste trabalho; a forma degenerada era a demagogia.

90. MAQUIAVEL, Nicolau, O Príncipe, pág. 13.

91. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constituición, pág. 50.

92. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constituición, pág. 50.

93. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constituición, pág. 50.

94. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constituición, pág. 54.

95. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constituición, pág. 54.

96. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constituición, pág. 51.

97. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constituición, pág. 51.

ser diferente do outro, numa sociedade pluralista (em oposição à sociedade totalitária).

Passaremos a analisar neste capítulo, os dois sistemas de governo predominantes nos Estados Constitucionais contemporâneos: o sistema presidencialista e o sistema parlamentarista.

## 2. Dinâmica do Sistema Presidencialista

O sistema presidencialista ou o sistema da tripartição de poderes foi concebido pelo Barão de Montesquieu em sua clássica obra "O Espírito das Leis", publicada no ano de 1748, na cidade de Genebra.

São exemplos do sistema presidencialista de governo os Estados Unidos da América, Argentina, Uruguai e Brasil.

Pelo que já foi relatado, no que diz respeito à conceituação das funções estatais, aqui devemos fazer algumas correções, especificando o nome de cada órgão de exercício de poder e as funções efetivamente exercidas por cada um, tomando por base a constituição brasileira.

O órgão do Poder Executivo, referido na constituição, concentra o exercício das funções de Chefia de Estado, Chefia de Governo e Administrativa.

O Poder Legislativo, substancialmente exerce a Função Deliberativa, eis que o processo legislativo é o resultado da atuação conjunta deste com a Chefia de Governo.

O Poder Judiciário efetivamente exerce a Função Jurisdicional.

O sistema se baseia no princípio pelo qual, o Poder Político sendo exercido separadamente, por órgãos estatais diferentes, não consegue intervir tiranicamente na sociedade. Assim, este sistema se organiza de forma que, a cada órgão se atribui o exercício de uma Função estatal diferente. Isto evita, como constatou Montesquieu, a concentração do poder e o despotismo. E, da forma como são hierarquicamente organizados, acionam o mecanismo de freios e contrapesos.

O que ocorre efetivamente, além da limitação de poder decorrente de sua separação em diferentes órgãos, é o fenômeno da auto-anulação do Poder Político.

A idéia era a de que, sendo cada Função Estatal exercida por um órgão distinto, estar-se-ia impedindo que um órgão sozinho pudesse exercer a totalidade do Poder Político. Como Montesquieu conhecia apenas três Funções Estatais, atribuiu o exercício de cada uma delas um órgão diferente, com a finalidade de limitar o Poder Absoluto das Monarquias existentes e desta forma garantir a liberdade dos cidadãos ante a opressão do Estado.

O Poder Executivo que chefia o Estado, o Governo e a Administração Pública, tem o exercício destas funções limitados de um lado, pelo Poder Legislativo com o qual deve conjuntamente elaborar as leis. Por sua vez, estando o exercício destas Funções adstrito ao princípio da legalidade, não pode o Poder Executivo por em prática uma política governamental não aprovada pelo Congresso.

Ao Poder Judiciário cabe o controle da legalidade dos atos do Poder Executivo e da constitucionalidade das leis elaboradas entre este e o Poder Deliberativo (Congresso Nacional). A limitação da atuação do Poder Judiciário se dá na medida em que este deve aplicar o direito objetivo elaborado entre o Poder Executivo e o Poder Deliberativo.

Assim, o sistema tripartido de Montesquieu visa o exercício do Poder Político dividido entre três órgãos independentes entre si e que se encontram num mesmo plano hierárquico; nenhum destes órgãos sozinho possa exercer a atividade política sem a aquiescência do outro.

De modo geral, salvo se os membros dos três órgãos que compõe o Estado lograrem unidade de opinião e cooperarem de maneira harmoniosa, nenhuma das principais funções do Estado poderá ser devidamente exercida<sup>98</sup>.

Concluindo, se um ou dois dos poderes procurarem ir adiante de suas atribuições constitucionais, estarão limitados pelo terceiro, num sistema de freios e contrapesos.

Muito embora as Funções Estatais não correspondam exatamente àquelas idealizadas por Montesquieu, o fato é que o sistema de freios e contrapesos é eficiente, anulando o exercício despótico do Poder Político.

### 3. Dinâmica do Sistema Parlamentarista

O sistema de governo parlamentarista surgiu como uma evolução histórica natu-

ral na Inglaterra, posterior à doutrina de Locke e Montesquieu. É adotado na quase totalidade dos Estados da Europa ocidental, tanto na forma de repúblicas (Alemanha, França e Itália) quanto na forma de monarquias constitucionais (Inglaterra e Espanha).

O parlamentarismo distingue-se do presidencialismo, em termos orgânicos, pela separação das funções de Chefia de Estado e Chefia de Governo em órgãos distintos. O Presidente, nas Repúblicas, ou o Rei, nas Monarquias, passou a exercer a Chefia de Estado. A Chefia de Governo é exercida pelo Primeiro Ministro que é escolhido pelo Chefe de Estado dentre um dos parlamentares do partido majoritário do Parlamento. Normalmente é escolhido como Primeiro Ministro o líder do Partido Majoritário.

A doutrina moderna têm sustentado, a partir de Loewenstein, a independência orgânica da Função Administrativa, de forma que, neste sistema, cada uma das Funções seria de fato exercida por órgãos independentes.

A Função de Chefia de Estado deve ser desempenhada em favor da totalidade. Isto tem como consequência prática que o Chefe de Estado exerce sua função desvinculado dos compromissos político-partidários, na medida em que não participa do processo legislativo. Atua apenas com sua autoridade moral dentre os demais poderes, com o fito de harmonizá-los.

De outra parte, a Função de Chefia de Governo, fica desvinculada e livre para

atuar, imprimindo sua política partidária com o apoio do Poder Deliberativo, os quais, necessariamente harmônicos, têm a missão de elaborar as leis.

Esta separação é conveniente porque os objetivos do Estado e do Governo são distintos. Enquanto a Chefia de Estado deve ser apartidária, representando a sociedade como um todo, a Chefia de Governo deve ser partidária para ter maior eficiência, imprimindo a política da maioria e não da totalidade.

O Estado, para se governar deve ter um rumo a seguir. Este rumo só pode ser vislumbrado através de decisões políticas que satisfaçam a uns em detrimento de outros, sob pena de se condená-lo a imobilidade. O critério mais justo numa sociedade que estabelece o princípio da igualdade política é colocar o Governo do Estado nas mãos da maioria. Este já era um dos postulados de John Locke, para quem *"...todo homem, concordando com outros em formar um corpo político, assume a obrigação para com todos os membros desta sociedade de submeter-se à resolução da maioria..."*<sup>99</sup>.

Outro resultado importante desta divisão é a possibilidade de distinguir melhor os atos de oposição dos atos de subversão. A crítica aos objetivos do Governo sempre será vista como expressão de oposição da minoria, enquanto a crítica aos objetivos próprios do Estado, que representa

a todos, é uma crítica a si mesmo que caracteriza a subversão<sup>100</sup>.

Como bem nos relata Sir Ivor Jennings, na Inglaterra pode-se amaldiçoar o governo e aclamar a rainha, o que significa em outras palavras a existência de uma oposição contra o governo, mas a favor do Estado<sup>101</sup>.

No que se refere às relações entre Chefe de Governo e Poder Deliberativo, este sistema exige harmonia entre os dois poderes, na medida em que a direção política passa a ser exercida por um Governo proveniente do consenso formado com a maioria Parlamentar.

Esta homogeneidade entre os titulares de ambos os órgãos faz com que o princípio da separação de poderes perca seu sentido inicial de auto-anulação<sup>102</sup>.

Esta harmonia decorrente da sintonia política entre a Chefia de Governo e o Poder Deliberativo, de um lado, impede o exercício da função legislativa num só órgão, e, de outro, permite o funcionamento do Governo dentro do princípio democrático da maioria<sup>103</sup>.

Neste sistema a limitação do Poder é exercida efetivamente pela maioria, verticalmente, pois o consenso entre a Chefia de Governo e o Poder Deliberativo é uma necessidade para a sustentação política dos indivíduos que compõe os dois órgãos. As-

98. LIPSON, Leslie, Os Grandes Problemas da Ciência Política, pág. 348.

99. LOCKE, John, Segundo Tratado Sobre o Governo, pág. 77.

100. SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha, A Crise da Democracia no Brasil, pág. 83.

101. JENNINGS, Sir William Ivor, A constituição britânica, pág. 83.

102. VERDU, Pablo Lucas e LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo de, Manual de Derecho Político, vol. I, pág. 187.

103. VERDU, Pablo Lucas e LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo de, Manual de Derecho Político, vol. I, pág. 187.



sim, enquanto houver respaldo da maioria, o Governo do Estado será hábil para impor a sua política, isto é, o seu plano de Governo.

O consenso é a base para manutenção dos dois órgãos político-partidários do Estado. Quando não houver consenso entre um e outro órgão, dissolve-se o parlamento e convocam-se novas eleições, para que o povo decida sobre conflito de orientações políticas.

Havendo um controle democrático eficiente, através da política partidária, forma-se um Estado dinâmico, em condições de agir e intervir na sociedade quando necessário.

Também, no sistema parlamentar moderno, a Função Administrativa é exercida separadamente da Chefia de Governo e da Chefia de Estado. O Poder Administrativo é independente na medida em que é ele próprio quem forma os seus quadros de funcionários. O modo de seleção é por concurso público. Assim sendo, nem os parlamentares, nem o Chefe de Governo e nem o Chefe de Estado podem interferir na sua composição. O Poder Executivo ou Administrativo, deve ser formado de funcionários profissionais.

Claro que a administração fica sob o comando político do governo, mas sua função deve ser exercida com objetivos apartidários.

#### 4. Considerações finais

Em resumo, os dois sistemas de governo contemporâneos, que, na classifica-

ção de Loewenstein caracterizam os Estados constitucionais, são regidos por princípios semelhantes, porém distintos entre si<sup>104</sup>.

Semelhantes na medida em que ambos adotam o sistemas de separação de poder como forma limitação da atuação do Estado.

O sistema presidencialista concebido em uma época em que o processo democrático ainda não era eficiente, baseia-se na igualdade e independência dos três poderes. Assim o fazendo, cumpre sua missão primordial de auto anulação do poder.

O sistema parlamentarista, têm como objetivo amenizar o conflito entre os órgãos de exercício do Poder, de um lado, com o chamado Poder Moderador na qualidade de mediador destes conflitos, e, de outro, da necessidade de atuação conjugada e harmônica entre os órgãos elaboradores da legislação.

#### IV - Conclusão Geral

Desde a formação das famílias, das tribos e das cidades-estado greco-romanas, passando para a sociedade feudal, e, finalmente, aos Estados nacionais modernos, fenômeno semelhante tem ocorrido, fruto da necessidade do ser humano se organizar em grupo: a divisão das sociedades entre governantes e governados.

Da divisão das sociedades entre governantes e governados, visto que ambos os pólos integram o mesmo grupo, decorre necessariamente uma relação de poder, ou seja, de mando-subordinação.

Esta relação de mando-subordinação tem se caracterizado pelo poder de coercitibilidade física dos governantes sobre os governados, a qual, nesta condição, se denomina por relação política fundamental.

As relações políticas têm sido dolorosas no transcorrer da história, e estando o governante na posição de mando, a luta do homem para conquistá-la tem sido uma constante. Os governantes, dispondo da coação física, cometeram as maiores atrocidades, variando a sua intensidade de governo a governo, o que por si só justifica o estudo das Funções do Estado e de sistemas de governo mais eficientes que evitem a continuidade destes fatos. Entenda-se por sistema a forma de organização dos órgãos de exercício de Funções Estatais.

Funções Estatais e sua organização são dois aspectos que analisamos na segunda parte do trabalho, sobre as quais apresentamos as seguintes conclusões.

Quanto aos órgãos que exercem as Funções Estatais, conquanto sejam exercidos por seres humanos, verifica-se a mesma necessidade de se os dividir entre os que devem mandar e os que devem ser mandados, nas relações que mantêm entre si. Disto resulta uma necessária hierarquia que vem a superar qualquer igualdade formal eventualmente determinada na Constituição.

A esta realidade não podemos fechar os olhos, e aquelas pessoas que represen-

tam estes poderes, embora independentes, sob o ponto de vista formal e funcional, ao exercitar suas funções, devem ter consciência disto para melhor desempenhá-la.

Em resumo, As Funções do Estado, como já relatado, são a Chefia de Estado, que exerce a sua função baseado na sua autoridade; a Chefia de Governo, que exerce a direção da política; o Poder Deliberativo; o Poder Executivo; o Poder Judiciário<sup>105</sup>.

Com base nas características gerais que embasam o exercício das funções do Estado, e considerando que todas elas formam a unidade do Poder Político, podemos traçar uma escala hierárquica existente no âmbito das relações que elas mantêm entre si.

O Chefe de Estado, situa-se acima dos outros órgãos de exercício de funções do Estado, exercendo, com base na sua autoridade imanente, a função moderadora das relações existentes entre os demais poderes.

Em posição intermédia, temos a Função de Chefia de Governo e de Deliberação. Ambas as funções, coordenadamente, promovem a estratégia política do Estado de Direito, legitimados pelo voto, em cada a momento histórico.

A direção política cabe ao Chefe de Governo, a qual só pode ser exercida com o respaldo do Parlamento. As Leis são fruto da atuação coordenada de ambas as funções, as quais, num sentido amplo, exercem a função legislativa.

104. LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constitución, pág. 50-51.

105. VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, pág. 149/170.

Para John Locke, "... o poder legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros<sup>106</sup>".

Num plano inferior, situam-se as Funções Administrativa e Jurisdicional. Ambas as funções estatais, de Administração e de Jurisdição, guardam íntima conexão, na medida em que, basicamente, estão a cumprir as diretrizes políticas postas pelo Estado democrático.

A diferença essencial entre ambas, segundo Leslie Lipson, está no fato de que a primeira tem por finalidade fazer cumprir as leis, ao passo em que, a segunda, espera que surja um litígio e que uma das partes busque obter uma decisão judicial<sup>107</sup>.

Como se vê, ambas as funções, de administração e de jurisdição, aplicam as leis emanadas dos órgãos legiferantes. Num sentido amplo, pode-se dizer que ambas exercem funções executivas.

Voltando a relação superior-inferior existente entre as funções legislativa e executiva, deve-se mencionar que a mesma já era sustentada Jean-Jacques Rousseau e John Locke. Segundo Rousseau "... não se poderia ter uma constituição melhor do que aquela em que o poder executivo estivesse jungido ao legislativo"<sup>108</sup>.

No mesmo sentido, Locke afirmava que "...enquanto subsiste o governo, o

legislativo é o poder supremo; o que deve dar as leis a outrem deve ser-lhe necessariamente superior..."<sup>109</sup>.

Esta situação de subordinação da administração e da jurisdição às diretrizes postas na legislação, não quer dizer que no desempenho de suas atribuições não se possam recorrer a fontes jurídicas *praeter legem*. Como sabemos, a ordem jurídica é lacunosa. Muitas vezes, depara-se o Juiz com casos concretos novos, não regulados sequer por analogia legal ou jurisprudencial. Nestas ocasiões solução exige a criação jurisprudencial do Direito. Semelhantes aporias ocorrem também na Administração Pública

Por isto não se pode resumir as atividades administrativa e jurisdicional a mera execução de leis. Todos sabemos que tratam-se de atividades interpretativo-executivas, muitas vezes, criando nova norma para o caso concreto.

Esta realidade, todavia, não altera a superioridade daqueles que temporariamente fim a criação de leis, sobre aqueles que tem por atividade fim a execução de Leis.

Claro que cabe ao judiciário realizar o controle da legalidade dos atos legislativos interpretando e executando a norma constitucional. Todavia, a inconstitucionalidade de leis não é a regra dos atos legislativos. Ao contrário, sendo as leis de regra constitucionais, têm-se na mesma medida, e como

regra, a submissão do judiciário às leis do poder legislativo.

Por isto, o judiciário, como poder submisso à ordem vigente emanada principalmente através do Poder Legislativo, deve interpretar as normas em favor das regras postas pelo Estado democrático.

O presente trabalho expõe as principais opções de organização do exercício das funções estatais, quais sejam, o sistema presidencialista e o sistema parlamentarista.

Nos países que adotam qualquer destes sistemas, constata-se a realidade da existência do exercício limitado do poder político, tal como preconizado John Locke e Montesquieu. Estes vislumbraram na separação de poderes, até então concentradas nas mãos de monarcas absolutistas, o grande instrumento de tutela do cidadão contra a violação dos seus direitos fundamentais.

Neste século XX, a separação de poderes continua a ser um instrumento eficaz na defesa dos direitos humanos. É com base neste critério que Karl Loewenstein, na esteira dos clássicos, classifica os Estados como totalitários ou constitucionais<sup>110</sup>. No primeiro caso, não há separação de poderes; no segundo caso, a separação de poderes se organiza nos sistemas presidencialista ou parlamentarista de governo.

No sistema tripartido de Montesquieu, pode-se dizer, que além de

limitar o exercício do poder através da separação de funções, este visa, com o sistema de freios e contrapesos, a sua auto-anulação. Soma-se a estes dois, o limite do controle democrático sobre o Poder Legislativo.

A auto-anulação do poder, neste caso, ocorre em todas as ocasiões em que o Chefe de Governo não obtém o apoio da maioria parlamentar.

O mesmo fenômeno decorre também da união das funções de Chefia de Estado, de Chefia de Governo e da Administração Pública, incompatíveis entre si, num só órgão estatal: no Poder Executivo. E isto está ocorrendo na atual política brasileira.

O sistema parlamentarista, diferentemente, não visa a auto-anulação entre os poderes que exercem as Funções Estatais.

Neste sistema, distribui-se para cada órgão uma Função Estatal específica, para que a contradição de princípios entre as cinco funções, não imobilize o Estado na consecução de seus fins.

Do ponto de vista dinâmico, as relações entre os diversos órgãos, como decorrência desta separação, se faz efetivamente harmônica.

Acima de todos, o Chefe de Estado, independente e atuante na sua missão de moderador dos demais órgãos.

As relações entre os órgãos de Chefia de Governo e Poder Deliberativo, são

106. LOCKE, John, Segundo Tratado Sobre o Governo, pág. 97.

107. LIPSON, Leslie, Os Grandes Problemas da Ciência Política, pág. 349.

108. ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, pág. 89.

109. LOCKE, John, Segundo Tratado Sobre o Governo, pág. 97.

110. Nota do autor: Não tratamos no presente trabalho, da limitação vertical do poder estatal representada especialmente pela repartição territorial do poder nos Estados federados. Entendemos que tal abordagem não atenderia os objetivos do trabalho de análise de funções estatais. A limitação horizontal, ou separação de poderes, ao contrário, nos parece fundamental ao exame das funções. O exame da doutrina em geral é o grande testemunho desta realidade.

sintonizadas através da necessária maioria parlamentar que sustenta o governo. Como decorrência disto, têm-se um governo atuante e intervencionista, na medida das aspirações e necessidades populares.

Mais abaixo, sob a direção dos demais, a Administração Pública e o Poder Judiciário. No que se refere a este último, há uma tendência nos sistemas parlamentares de se instituir o controle concentrado de constitucionalidade das leis, através de Tribunais Constitucionais, o que confere maior estabilidade e segurança à legislação.

A limitação da atuação do Estado, decorre primeiramente, tal como no presidencialismo, da separação de poderes. E, igualmente, tal como no presidencialismo, do controle democrático. Todavia, aqui, não ocorre o fenômeno da auto-anulação decorrente do desentendimento entre os poderes.

Em linhas gerais, estão expostos os dois principais sistemas de governo dos Estados constitucionais. Em 1993, foi realizado no Brasil um plebiscito através do voto direto, para escolha entre os sistemas presidencialista e parlamentarista. O resultado, como sabemos, foi no sentido da manutenção dos sistema presidencialista vigente.

O funcionamento deste sistema presidencialista no Brasil, porque inadequado, tem sido desvirtuado, adquirindo algumas características próprias do parlamentarismo, v.g., em decorrência da expressiva edição de Medidas Provisórias,

que se tem constituído no maior instrumento de implementação das medidas governamentais.

Em nosso entender, utilizando-se das lições de Leslie Lipson, ao se eleger um sistema de governo, "... *deve-se ter em vista que a estrutura estatal tem de variar na conformidade das necessidades de seus "consumidores", ou segundo os planos de seus "engenheiros", adequando-a à sociedade a qual os representantes do Estado pretendem dirigir*"<sup>111</sup>.

Parece-nos que a organização do sistema de governo no Brasil, que denota estar funcionando com características, nitidamente parlamentaristas, num sistema presidencialista, seria mais eficiente se se modernizasse, adotando de vez, a exemplo dos países da Europa Ocidental, o sistema parlamentarista.

## V – Bibliografia

ARISTÓTELES, A Política, Hemus-livraria editora Ltda., São Paulo, 1966.

BLOCH, Leon, Luchas Sociales en la Antigua Roma, Editorial Claridad, Buenos Aires, 1934.

BOBBIO, Norberto, O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo, tradução de Marco Aurélio Nogueira, Editora Paz e Terra S.A., 4ª edição, São Paulo, 1989,

Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política, tradução de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, editora Paz e Terra, 3ª edição, 1990.

As Ideologias e o Poder em Crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força, tradução de João Ferreira, revisão técnica de Gilson Cesar Cardoso, 1ª reimpressão, Editora Universidade de Brasília, São Paulo, 1990.

BURNS, Edward McNall, História da Civilização Ocidental, Editora Globo S.A., Porto Alegre, 1957.

CAETANO, Marcelo, Direito Constitucional, vol. I, Companhia Editora Forense, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1977.

CHEVALLIER, Jean-Jacques, As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a nossos dias, Livraria Agir Editora, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1989.

CROSET, A., As Democracias Antigas, Livraria Garnier, Rio de Janeiro, 1923.

CRUMP, C. G., e JACOB, E. F., El legado de la Edad Média, ediciones Pegaso, traducido por J. Jesus Navarro de Palencia y Francisco Javier Osset, Madrid, 1950, pág. 606.

DE REBECQUE, Henri Benjamin Constant, Princípios Políticos Constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814); organização e prefácio por Aurélio Wander Bastos; tradução de Maria do Céu Carvalho, editora Liber Juris Ltda., Rio de Janeiro.

DE COULANGES, Fustel, A cidade antiga, Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2ª edição, São Paulo, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, 18ª edição, São Paulo, 1990, pág. 115.

GILISSEN, John, Introdução Histórica ao Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1986.

HOBBS, Thomas, LEVIATÃ ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil, editora Abril S.A. Cultural e Industrial, coleção Os Pensadores, 1ª edição, 1974.

JENNINGS, Sir William Ivor, A constituição britânica, tradução de Carlos Alberto Lambach, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pág. 83.

LEBRUN, Gerard, O que é poder, editora brasiliense, 2ª edição, São Paulo, 1981.

LIPSON, Leslie, Os Grandes Problemas da Ciência Política, Zahar Editores, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1976, tradução de Thomaz Newlands Neto.

LOCKE, John, Segundo Tratado Sobre o Governo, editora Abril S.A. Cultural e Industrial, coleção Os Pensadores, 1ª edição.

LOEWENSTEIN, Karl, Teoria de la Constitución, ediciones Ariel, Barcelona, 1970.

MAQUIAVEL, Nicolau, O Príncipe, editora Abril S.A. Cultural e Industrial, coleção Os Pensadores, 1ª edição, 1973, tradução de Lívio Xavier.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, 14ª edição, pág. 24.

111. LIPSON, Leslie, Os Grandes Problemas da Ciência Política, pág. 332.

MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, editora Abril S.A. Cultural e Industrial, coleção Os Pensadores, 1ª edição, 1973.

MOSCA, Gaetano, História das Doutrinas Políticas, completada por Gaston Bouthoul, Zahar Editôres, Rio de Janeiro, 1958.

PASTORI, Giorgio, Dicionário de Política, Editora Universidade de Brasília.

RADBRUCH, Gustav, Filosofia do Direito, Armado Armênio editor, 6ª edição, Coimbra, tradução do Professro L. Cabral de Moncada.

ROPS, Daniel, História da Igreja de Cristo, II vol., Livraria Tavares Martins, Porto, 1960, traduzido por Eduardo Pinheiro.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social, editora Abril S.A. Cultu-

ral e Industrial, coleção Os Pensadores, 1ª edição.

SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha, A Crise da Democracia no Brasil, editora Forense, 1978, 1ª edição, Rio de Janeiro.

TOCQUEVILLE, Alexis de, A Democracia na América, Editora Itatiaia Ltda., Belo Horizonte, 1962, traduzido por Neil R. da Silva.

TÔRRES, João Camillo de Oliveira, A Democracia Coroada - Teoria Política do Império do Brasil, editôra Vozes Limitada, 2ª edição revisada, Petrópolis, RJ, 1964.

VALVERDE, José Zafra, Poder y Poderes, editora EUNSA, Pamplona, 1975.

VERDU, Pablo Lucas e LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo de, Manual de Derecho Político, vol. I, editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1987.

## A Experiência de Harmonização das Legislações na Europa – Harmonização Autônoma? (\*)

*Michael R. Will*

Professor da Universidade de Genebra – Suíça

**A** honra de falar perante à Comissão Austríaca de Direito Europeu, Direito Estrangeiro e Direito Internacional Privado inspirou-me na escolha do tema: a harmonização autônoma das legislações (\*\*).

1. Há exatamente um ano atrás, o colega austríaco Ernst Kramer, que leciona na Suíça – o que não é nada extraordinário para um cidadão europeu – proferia uma palestra no Europa-Institut da Universidade do Sarre sobre o tema “A unificação do Direito Privado Europeu: instituições, métodos e perspectivas”<sup>1</sup>. Sua exposição centrava-se na complexa uniformização do Direito Privado na Europa Ocidental, nos

moldes desenvolvidos pelas instituições internacionais. Ao lado da uniformização jurídica (*Rechtsvereinheitlichung*), referiu-se o colega ao fenômeno da “harmonização jurídica espontânea” (*spontane Rechtsangleichung*), citando exemplos no campo do direito matrimonial e de filiação e da proteção do consumidor: “nesta onda de reformas espontâneas em toda a Europa verifica-se, sob o manto das legislações nacionais e quase que na clandestinidade, o nascimento de uma unidade jurídica europeia”. Conseqüentemente excluem-se as “recepções unilaterais (*einseitige Rezeptionen*) de direito estrangeiro, freqüentes no cenário europeu pela ação do legis-

\* Versão em Português do artigo publicado na obra “Österreichs Weg in die EG - Beiträge zur europäischen Rechtsentwicklung”, F. Schwind (Hrsg.), OKW Verlag, Wien, 1991. Tradução e notas de Elaine Ramos da Silva, Tradutora de Alemão (UFRGS), Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS), LL.M. (Tübingen), revisada da Dra. Claudia Lima Marques, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Este artigo de doutrina foi escrito antes da entrada da Áustria na União Europeia (em 01-01-95) e aborda justamente a aproximação das legislações, voluntária ou com vistas à integração econômica.

\*\* Na oportunidade, agradeço a colaboração prestada pelo Senhor Assessor Hans-Ulrich Marticke.

1. Série “Vorträge, Reden und Berichte”, Europa-Institut, nº 139, Saarbrücken, 1988. Ver também versão ampliada publicada no JBI. 1988, 477-489.

lador nacional". No entanto, quando da elaboração da nova lei austríaca sobre a responsabilidade pelo fato do produto<sup>\*\*\*</sup>, mencionou-se a expressão ainda incomum "cumprimento autônomo da legislação oriunda da Comunidade Européia" ("*autonomer Nachvollzug*")<sup>2</sup>. Tal fenômeno reforça a idéia de que os países membros do EFTA (*European Free Trade Association*) cada vez mais adotam o direito da Comunidade Européia, preparando, por meio dessa recepção autônoma, sua participação no mercado unificado europeu. Examinando mais detidamente o princípio da recepção autônoma, com base em opiniões ora de irresignação, ora de protesto, ou mesmo de triunfo, não encontraríamos, em verdade, nada de novo. Logo após a entrada em vigor do Tratado de Associação entre a Comunidade Européia e o EFTA, em junho de 1973, o jovem Hans Claudius Ficker apontava com precisão, perante a Sociedade Austríaca de Direito Comparado, as vantagens e desvantagens desse "cumprimento" nos Estados-Membros do EFTA, especialmente no que se refere às normas técnicas, bem como àquelas relativas a contribuições sociais<sup>3</sup>.

2. Retrocedendo-se ao século passado, ou mais precisamente, à Viena do ano

de 1888, Ernst Zitelmann já vislumbrava, frente à Sociedade Jurídica Austríaca, "a possibilidade de um direito mundial" (*Weltrecht*)<sup>4</sup>, apontando três caminhos que poderiam conduzir à aproximação dos diversos ordenamentos jurídicos, denominado à época "ajustamento jurídico" (*Rechtsausgleichung*)<sup>5</sup>. Eram eles:

- a unificação espontânea,
- a recepção e
- o tratado.

Mais tarde, Zitelmann reduziu sua tese à idéia de um direito internacional privado unificado, ao lado do reconhecimento universal de sentenças, ambos baseados em acordo internacional<sup>6</sup>. Consequentemente, aqueles que se voltam para o século passado ainda hoje têm a impressão de que tanto a teoria como a prática insistiram no último caminho indicado, ou seja, nas normas unificadas por meio ou com base em tratados internacionais. Sua assombrosa expansão, sobretudo a partir de meados deste século, gerou muitas situações confusas, fazendo com que "a cura muitas vezes parecesse pior do que a doença". Apesar disso, os tratados internacionais ainda são válidos como caminho para a unificação do

direito<sup>7</sup>, e tanto a harmonização jurídica como a uniformização jurídica continuam ainda sendo um problema vinculado ao âmbito legislativo<sup>8</sup>.

Mas será que os outros dois caminhos apontados por Zitelmann tiveram realmente tão pouco êxito? Tratar-se-iam a unificação espontânea e a recepção por ele indicadas apenas de trilhas pouco percorridas? Ou estaríamos diante de caminhos a serem percorridos, porém ainda mal visualizados? Parece que somente quando se propagar um certo mal-estar com os resultados dos esforços legislativos empreendidos em nível europeu<sup>9</sup> e internacional<sup>10</sup> desviar-se-á a atenção da harmonização jurídica levada a

efeito sob a forma estatal ou institucional para as outras formas de aproximação jurídica, seja a harmonização plurilateral consciente por meio de cooperação espontânea, seja a aproximação, consciente ou não, por meio de recepção unilateral, seja ainda sob a forma de desenvolvimento paralelo espontâneo e não consciente.

De Zitelmann a Merryman essa aproximação jurídica (*Rechtsannäherung*) vem sendo expressa por meio de imaginativas metáforas, tais como "crescimento equilibrado espontâneo"<sup>11</sup>, "unificação jurídica crescente"<sup>12</sup>, "evolução"<sup>13</sup>, "assimilação"<sup>14</sup>, "imitação"<sup>15</sup>, "difusão"<sup>16</sup>, "transplante legal"<sup>17</sup> e "crescimento de sementes enxerta-

\*\*\* Lei Federal Austríaca sobre a responsabilidade por produto defeituoso, de 21.01.88 (Bundesgesetz über die Haftung für fehlerhaftes Produkt - PHG (N. do T.).

2. Ver indicação em KRAMER (nota 1), p. 13; nota 10, (Também em JBI, 1988, 481, nota 60) com referência à HUMMER/SCHWEITZER, Österreich und die EWG, Wien, 1987, 262-267 (vom "autonomen Nachvollzug" zur "präinstitutionellen Zusammenarbeit").
3. HANS CLAUDIUS FICKER, Die Rechtsentwicklung innerhalb der Europäischen Gemeinschaften und ihre Auswirkungen auf die EFTA-Staaten, ZfRVgl., 1973, 161-170, 172-174. Ver também MURAD FERID, Methoden, Möglichkeit und Grenzen der Privatrechtsvereinheitlichung, ZfRVgl., 1962, 193-213, com referência ao Congresso de Paris sobre Direito Comparado de 1900.
4. Allgemeine Österreichische Gerichtszeitung 39 (1888), 193, 201, 204 e segs.
5. Sobre o tema ver ERICH-HANS KADEN, Rechtsvergleichung, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, 6. Band, Berlin, 1938, 9-27, 11.
6. ERNST ZITELMANN, Internationales Privatrecht, Band I, Leipzig, 1897, 17.

7. HEINZ KÖTZ, Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, in: RabelsZ 50 (1986), 1-17, 13: "Königsweg zur Rechtseinheit"; HELMUT COING, Einführung, in: Coing/Schmitthoff/Hellner/Gleichmann, Methoden der Rechtsvereinheitlichung, Frankfurt 1974, 7-17, 11: "wichtigste Form der Rechtsvereinheitlichung".
8. GERHARD KEGEL, Sinn und Grenzen der Rechtsangleichung, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Köln 1971, 10-47, 11. PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Müller-Graff/Zuleeg (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG, Baden-Baden, 1987, 17-53, 45, neste sentido, faz referência à BODO BÖRNER quanto à harmonização jurídica como comparação de interesses, in: Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt 1977, 381-395, 383. Ver também WILLIBALD POSCH, Rechtsprobleme in der Rechtsvereinheitlichung, in: Schäffer, Theorie der Rechtssetzung, Wien 1988, 255-274.
9. CHRISTIAN MOULY, Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne?, R.I.D.C 37 (1985), 895-945, 902; OLIVER REMIEN, Ansätze für ein europäisches Vertragsrecht, ZVglWiss 87 (1988), 105-122, 113; MÜLLER-GRAFF (nota 8), 39.
10. HEIN KÖTZ (nota 7 e obra anterior: "Gemeineuropäisches Zivilrecht", in: Festschrift Zweigert, Tübingen 1981, 481-500) queixa-se de uma unificação jurídica fragmentária que cria, em um mar de direitos nacionais, pequenas ilhas de direito unificado. Ver também a esse respeito HANS-JÜRGEN PUTTFARKEN, Droit commun législatif und die Einheit der Profession, Eine ketzerische Reflexion zur Rechtsvereinheitlichung, RabelsZ 45 (1981), 91-105, assim como JAN KROPHOLLER, Die Wissenschaft als Quelle der internationalen Rechtsvereinheitlichung, ZVglRWiss 85 (1986), 143-163, 156.
11. Zitelmann (nota 4).
12. HANS DÖLLE, Gezielte und gewachsene Rechtsvereinheitlichung, ZfRV 4 (1963), 133-141.
13. GERHARD LÜTHER, Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft, RabelsZ 45 (1981), 253-267; MERRYMAN, On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law, in: Cappelletti (Hrsg.), New Perspectives for a Common Law of Europe, Leyden u.a. 1978, 195-232, 198.
14. GEORG COHN, Über international gleiches Recht, Juristische Blätter 8 (1879), 233-236, 245-247, 257-259, 234, OTTO KAHN-FREUND, Common Law and Civil Law - imaginary and real obstacles to assimilation, in: Cappelletti (nota 13), 137-168.
15. GÜNTHER PHILIPPS, Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung. Diss. Mainz 1963, 10; RODOLFO SACCO, Droit Commun de l'Europe, et composantes du droit, in: Cappelletti (nota 13), 95-109, 98.
16. Ver SACCO (nota 15), 95.
17. ALAN WATSON, Legal Transplant. An Approach to Comparative Law, Edinburgh 1974.

das”<sup>18</sup>. Este conjunto de metáforas tem origem na tradição de um pensamento empírico da evolução<sup>19</sup>, e também se faz presente em recente obra publicada na França sobre Direito Comparado a respeito da evolução dos sistemas jurídicos e de sua migração (*L'évolution des systèmes juridiques et les migrations de systèmes juridiques*)<sup>20</sup>.

Contudo, para que se atinja tal aproximação autônoma, até agora pouco explorada, mas à qual se atribui um significado prático maior do que a uniformização jurí-

dica formal, obtida por meio de tratados internacionais<sup>21</sup>, deve-se ao menos empreender esforços para tanto.

Assim, a primeira parte desse artigo destina-se à apresentação do contexto no Direito Comparado, situando-o no tempo e no espaço, relativamente aos caminhos para a aproximação jurídica autônoma na Europa. Em uma segunda parte e sob esse prisma analisam-se os caminhos e objetivos da harmonização jurídica autônoma dos países membros do EFTA na relação com a Comunidade Européia.

## OS CAMINHOS DA APROXIMAÇÃO JURÍDICA AUTÔNOMA

### I - Cooperação espontânea

A “clássica” harmonização jurídica obtida por meio de tratados internacionais é bastante semelhante ao que muitos chamam de harmonização jurídica “informal”. Pensa-se aqui em acordos não vinculativos e recomendações, ou seja, cooperação sem obrigação. Este tipo de cooperação é encontrado no Estado Federal, nas confederações de Estados, em uniões regionais relativa-

mente estáveis, bem como em projetos *ad hoc*.

No âmbito interno do Estado ocorre possibilidade toda a vez em que se fizer necessário editar normas federais uniformes e inexistir competência federal para tanto. Como exemplo tem-se as várias normas-modelo editadas nos Estados Unidos da América, destacando-se aqui o Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial*

Code). Também na Alemanha houve o “projeto-modelo de lei policial unificada”, elaborado pela Conferência de Ministros do Interior em 1975 e posteriormente adotado pela maior parte das unidades federadas, bem como a lei federal que dispunha sobre o processo administrativo (1976), a qual foi literalmente reproduzida pelas unidades federadas<sup>22</sup>.

Em se tratando de cooperação espontânea entre Estados não se pode deixar de mencionar como exemplo histórico a lei geral sobre câmbio de 1848, elaborada pela Federação Alemã tendo em vista as 55 diferentes leis sobre a matéria, a qual foi adotada autonomamente pela Prússia e pela Baviera austríaca em 1850, e integrando, mais tarde, o Código Geral de Comércio Alemão de 1861<sup>23</sup>.

Passa-se, a seguir, a tratar das cooperações espontâneas em nível internacional, em primeiro lugar daquelas que envolvem poucos Estados de uma região e, em segundo, das cooperações entre vários Estados no seio das organizações européias.

### A. Cooperação entre poucos Estados fronteiriços

Como manifestação regional multilateral ressalta-se a conhecida união entre

os cinco Estados nórdicos; como manifestação bilateral destaca-se sobretudo a cooperação entre a Alemanha e a Áustria após a 1ª Guerra Mundial.

### 1. Da cooperação multilateral

a) Uma das alianças mais duradouras no âmbito jurídico ocorreu no extremo norte, com a chamada cooperação nórdica, que já conta com mais de 100 anos de existência. Seu expressivo êxito em evitar a fragmentação jurídica está associado ao papel desempenhado pela Assembléia de Juristas Nórdicos, fundada em agosto de 1872, em Copenhagen. Serviu-a como exemplo, entre outras, a Assembléia de Juristas Alemães, fundada em Berlim, doze anos antes<sup>24</sup>. A única diferença considerável entre essas duas reside na influência limitada que exercem no processo legislativo, uma vez que a Assembléia escandinava é considerada, ainda que não oficialmente, como um “órgão de unificação”<sup>25</sup>.

E o sucesso dessa obra não é reconhecido apenas na Escandinávia. Nos primeiros 80 anos houve ao seu lado um observador insuspeito, oriundo de um país do Novo Mundo: como decorrência de cooperação legislativa, seriam as leis dos Estados Nórdicos semelhantes às de alguns estados norte-americanos<sup>26</sup>.

18. HANS-CLAUDIUS TASCHNER, *Mittelbare Rechtsangleichung?* in: Festschrift für Hans von der Groeben, Baden-Baden 1987, 407-424, 409. A mesma figura é encontrada em ERNST E. HIRSCH, *Rezeption als sozialer Prozeß*, Berlin 1981, 135: “a norma jurídica, cortada de uma árvore estranha e enxertada em árvore nativa, objetivando sua mudança, pode ocasionar a desnaturalização das forças e da seiva da árvore estranha, ao invés de atingir o objetivo inicialmente pretendido”.
19. Ver PETER BEHRENS, *Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung*, *RabelsZ* 50 (1986), 19-33, 22.
20. ERIC AGOSTINI, *Droit comparé*, Paris 1988.
21. Assim, com relação ao comércio internacional, ver CLIVE M. SCHMITTHOFF, in: *Coing/Schmitthoff/Hellner/Gleichmann* (nota 7), *Diskussionsbericht*, 50; em relação ao empréstimo de ordenamentos jurídicos estrangeiros ver ERNST JOACHIM MESTMÄCKER, in: *Diskussionsbericht zum Symposium “Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung”*, Hamburg 15. und 16. Februar 1985, *RabelsZ* 54 (1986), 233-249, 244; MERRYMAN (nota 13), 209.

22. Sobre o primeiro tema ver KARL HEINRICH FRIAUF, in: v. Münch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8. Auflage, Berlin ua. 1988, 3. Abschnitt I 4 a), 210 (também nota 19). Sobre o segundo, PETER BADURA, in: *Erichsen/Martens* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Auflage, Berlin u.a. 1988, § 36 I, 375. Ver ainda HARALD SCHULTZE, *Musterverordnungen der Länder im Spannungsverhältnis zwischen Regelungseinheit und Regelungsflut*, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1986, 347-363.
23. SABINE BARTH, *Ergebnisse der Rechtsangleichungsbestrebungen im Handels- und Obligationenrecht der deutschsprachigen Staaten (1850-1945)*, Diss. Würzburg 1971, 10 e segs.
24. GEBHARD CARSTEN, *Hundert Jahre Nordischer Juristentag 1872-1972*, *RabelsZ* 37 (1973), 80-100, 83.
25. ÅKE MALMSTRÖM, *Die Zusammenarbeit der nordischen Staaten auf dem Gebiete der Gesetzgebung*, in: Zweigert (Hrsg.), *Europäische Zusammenarbeit im Rechtswesen*, Tübingen 1955, 18-32, 23.
26. LESTER B. ORFIELD, *The Growth of Scandinavian Law*, Philadelphia 1953, p. XVII, citado em MALMSTRÖM (nota 25), 18, nota 2.



Por óbvio o interesse primeiro referia-se às normas do Direito Comercial (letra de câmbio e cheques, marcas, registro comercial, firma e procuração comercial), seguido pelo Direito Marítimo. Com a virada do século voltou-se a atenção para o Direito das Obrigações, sobretudo na Suécia, Dinamarca e Noruega, onde, já nos anos 1905-1907, foram editadas leis sobre a compra e venda, cujos dispositivos possuem praticamente igual teor e que ainda hoje estão em vigor, atentando, inclusive, para o direito de compra e venda internacional unificado. Mais tarde foram elaborados projetos sobre o Direito das Obrigações, chegando-se até as chamadas “leis contratuais” (que dispunham sobre a conclusão de contratos, mandato e nulidade); logo a seguir foi a vez dos negócios com pagamento à prazo e comissionados. Posteriormente observou-se, ainda, a harmonização de complexas normas do Direito de Família (casamento, adoção e tutela). Após a 2ª Guerra Mundial seguiram essa linha o Direito Penal e os regramentos sobre extradição, assim como, no início dos anos 60 e com êxito, o direito sobre propriedade imaterial (lei sobre direitos autorais, de marcas e patentes)<sup>27</sup>.

Simplificando, pode-se talvez falar em uma “época de ouro” de intensa cooperação jurídica, de forma *autônoma* e *expansiva*:

a) *Autônoma*, no sentido de que permanece espontânea, sendo, aliás, um traço característico e importante dos esforços empreendidos para a harmonização jurídica entre esses países o fato de inexistir obrigatoriedade por força de tratado, salvo poucas exceções<sup>28</sup>. Tais esforços estão, inclusive, livres de obrigatoriedade política, uma vez que os projetos são elaborados por especialistas independentes, bem como livres da obrigatoriedade de perfeccionismo, eis apenas o necessário é regulado, com cautela e de forma pragmática. b) *Expansiva*, por ter aumentado o número de participantes após a 1ª Guerra Mundial, com o ingresso da Islândia e Finlândia, bem como devido à ampliação das matérias passíveis de harmonização e à intensificação da união institucional.

Quando, em 1952, foi fundado o Conselho Nórdico, como órgão do Parlamento Nacional, forçando a politização da cooperação legislativa por meio de suas recomendações, assim como quando, em 1962, esta cooperação passou para a esfera do Direito Internacional Público, com o Tratado de Helsinki e, por fim, quando, em 1971, foi constituído o Conselho Ministerial Nórdico, como órgão coordenador dos governos e destinado à elaboração de programas legislativos<sup>29</sup>, nessas oportunidades pôde-se muitas vezes vislumbrar o que se poderia chamar de crise<sup>30</sup>. O sucesso can-

27. Ver TORE MODEEN, Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen in den nordischen Staaten, ZfVglRW 71 (1970), 156-172 e JAN HELLNER, Rechtsvereinheitlichung im skandinavischen Rechtskreis, in: Coing/Schmitthoff/Hellner/Gleichmann (nota 7), 27-37, assim como as outras indicações bibliográficas constantes nessas obras.

28. Há convenções que foram assinadas sobretudo em função de envolver direitos de nacionais de outros países nórdicos, como por exemplo no art. 3 da Convenção sobre a proteção do meio ambiente de 1974, in: Nordische Abkommen über Zusammenarbeit (tradução para a língua alemã), Nordischer Rat, 1986, 50.

29. AXEL BERG, Der Nordischer Rat und der Nordische Ministerrat, Frankfurt, 1988, 76-81.

30. Sobre 1962, ver W.E. von EYBEN, Inter-nordic Legislative Co-operation, Scandinavian Studies in Law 6 (1962), 65-93, 68.

sa! As novas matérias exigiram esforços ainda maiores do que os até então empreendidos. As lacunas reavivaram a impaciência. Assim, no início dos anos 70, a Suécia isoladamente procedeu à reforma das leis do divórcio<sup>31</sup>, da proteção do meio ambiente e do direito do consumidor<sup>32</sup>. Apesar de os outros países, mais tarde, seguirem a Suécia nesse sentido, a crise parecia persistir. Ocorre que as causas dessa crise não eram apenas internas; influências externas, sobretudo a emergente Comunidade Européia, exigiam mudanças profundas nos procedimentos até então adotados.

Já o citado Tratado de Helsinki, de 1962, consistiu em uma primeira reação à tentativa de adesão por parte da Dinamarca e da Noruega, ocorrida no ano anterior em Bruxelas<sup>33</sup>, que aconselhava expressamente a observância da colaboração legislativa: “as partes contratantes *devem* – e não *são obrigadas a* – continuar a cooperação na legislação, com o objetivo de ser atingida a maior conformidade possível na área do Direito Privado” (art. 4). Falava-se em “observância”, porém, de forma abrangente. Assim, as boas intenções quanto ao Direito Privado transformaram-se em “disposições uniformes sobre crimes e suas

penas” (art. 5), em “normas nacionais”, tais como a proteção ao trabalho e questões afins” (art. 14, 2) e, finalmente, em “coordenação de outras legislações nas áreas mencionadas..., onde houver necessidade” (art. 6). Apesar de tudo esse Tratado teve pouco significado<sup>34</sup>. E, mais tarde, com a adesão da Dinamarca à Comunidade Européia, três jornadas jurídicas nórdicas, em 1972, 1975 e 1978, trataram com certo receio sobre a unificação jurídica do norte.

Mas como isso se apresentou na prática?<sup>35</sup> Para essa questão há várias respostas: por certo restou frustrada a já iniciada harmonização jurídica no âmbito do direito societário quando a Dinamarca teve de se adequar às diretrizes da Comunidade Européia. O mesmo não se pode dizer com relação ao direito sobre propriedade imaterial, o qual, de qualquer sorte, segue o padrão internacional, bem como quanto ao direito do consumidor, uma vez que as normas escandinavas neste sentido serviram muitas vezes de exemplo para as diretivas da Comunidade Européia<sup>36</sup>.

Se por um lado considera-se banal o fato de que em Copenhagen várias questões administrativas estejam vinculadas a questões da Comunidade Européia, mostra-

31. Ver as observações críticas feitas no Colóquio de Lausanne em 1987 por PETER LØDRUP, Les expériences des pays nordiques, en particulier en Norvège, in: Grossen/von Overbeck (Hrsg.), Révision du droit du divorce: Expériences étrangères récentes, Zürich 1988, 59-68, 62, und von TORE MODEEN, Die Verwertung legislatorischer Erfahrungen Schwedens in Finnland, in: Schäffer (Hrsg.), Gesetzgebung und Rechtskultur, Wien 1987, 145-150, 148, nº 4.

32. Ver ULF BERNITZ, JOHN DRAPER, Consumer Protection in Sweden, Stockholm 1981, 6.

33. FRANTZ WENDT, Cooperation in the Nordic Countries, Stockholm 1981, 28, 39-42, 134.

34. HELLNER (nota 27), 29.

35. CLAUS GULMANN, Denmark in the European Community and among the Nordic Countries, in: Gammeltoft-Hansen/Gomard/Philip (Hrsg.), Danish Law, Copenhagen 1982, 65-75, 72.

36. REBMANN in Winfried Tilmann, Ansätze und Leitlinien für ein europäisches Zivilrecht, Bonner Rundgespräch am 27. April 1979, Düsseldorf o. J., 34.

se por outro lado menos banal a harmonização jurídica na Comunidade Européia, economicamente orientada e juridicamente obrigatória, que parece progredir de forma mais rápida e eficiente em relação à harmonização voluntária e ideológica da Escandinávia. Por isso, já há certo tempo o Conselho Nórdico preocupa-se em impedir que a cooperação nórdica seja enfraquecida pela Comunidade Européia. Para não ficar atrás da Comunidade Européia foi criado, por exemplo, como reação ao "Erasmus", um intercâmbio acadêmico denominado "Nordplus". Ou ainda, em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto e de Direito Internacional Privado, aconselhou-se a adoção das regras da Comunidade Européia<sup>37</sup>. Como consequência, a Finlândia regulamentou o seu direito contratual das obrigações em maio de 1988<sup>38</sup>; a Noruega, por sua vez, regulou a responsabilidade pelo fato do produto pouco antes do final do mesmo ano<sup>39</sup>, tratando-se ambos os casos de exemplos de harmonização jurídica autonomamente efetuada em conexão, sendo uma "pós-ratificação" e outra "pré-ratificação".

Quanto às relações com Bruxelas, as questões relativas ao EFTA têm prevalência sobre estas. Os contatos diretos dos conselhos nórdicos não estão, todavia, excluídos. Com isso a Dinamarca exerce uma função de "ponte" e de informação. Atualmente as embaixadas dos outros quatro países situadas em Copenhague recebem constantemente informações acerca dos projetos da Comunidade Européia<sup>40</sup>. Isso não significa dizer que a posição da Dinamarca quando das negociações na Comunidade Européia está ou estaria vinculada a dos outros países nórdicos, apesar de ser esta a vontade de alguns, a qual, inclusive, se fez presente no texto de um tratado<sup>41</sup>.

Com base nessas táticas propaga-se agora uma nova estratégia de harmonização: "mais informação, mais convenção!", sendo a primeira mais surpreendente que a segunda. No futuro, os projetos de lei que vierem a ser elaborados deverão indicar se seguem a linha do plano nórdico ou, no mínimo, o levam em consideração, ou, antes de tudo, se a norma a ser elaborada afasta-se ou aproxima-se da situação jurídica do país vizinho<sup>42</sup>. E o espantoso é que de-

37. Relatório da Comissão para a Cooperação Internacional: The Nordic Council and International Cooperation (versão em inglês), NU 1988, 4 E, Stockholm 1989, 15, 21, 92, 102-104. Ver também o relatório em língua alemã sobre a atividade do Conselho Nórdico (1987, 1988), in: German Yearbook of International Law 32 (1989), 450-477.

38. Lei sobre o direito aplicável em contratos internacionais, de 27.5.1988, nº 466, em vigor desde 1.7.1988. Versão em inglês e comentários de KAARINA BUURE-HÄGGLUND, IPRax 1989, 407-409.

39. Lei sobre a responsabilidade pelo fato do produto, de 23.12.1988, nº 104.

40. The Nordic Council (nota 37), 30, 68, 70.

41. Com vistas ao ingresso da Dinamarca na Comunidade Européia no acordo sobre cooperação nas áreas de transporte e circulação, de 6.11.72 (em vigor desde 1.3.73), foi preliminarmente mantida a disposição de que as cinco partes contratantes consideram "mais importante" o fato de que um país nórdico integrante de uma cooperação internacional nas áreas de transporte e circulação, na qual nem todos os outros países estejam representados, "observe os interesses dos outros países" (versão em alemão, in: Nordische Abkommen über Zusammenarbeit, Der Nordische Rat 1986, 44). Todavia, a Dinamarca provavelmente será excluída desse Tratado, ver The Nordic Council (nota 37), 88.

42. The Nordic Council (nota 37), 33, 98, 103.

pois de quase 120 anos de cooperação nórdica tal prática possa em breve virar rotina.

Por outro lado, faz-se necessária uma reconscientização acerca do instrumentário das obrigações oriundas de tratados internacionais, ao menos nas áreas mais importantes, tais como às questões relativas ao meio ambiente, à legislação trabalhista, à segurança social e à proteção do consumidor. Ou seja: busca-se um fortalecimento interno e com isso, um fortalecimento externo da influência nórdica na formação do mercado unificado europeu<sup>43</sup>. Todavia pode-se considerar como ponto fraco o *pragmatic or flexible approach* até então observado no Norte, quando comparado com a harmonização jurídica na Comunidade Européia.

Poderá ser superada essa estratégia? A resposta condiciona-se ao fato de o então existente "estado de necessidade" na harmonização jurídica decorrer dos métodos utilizados e não da perda de significado que possa vir a ter a cooperação nos países nórdicos. Talvez um outro exemplo de cooperação regional multilateral possa provar o contrário, como é o caso dos Estados integrantes do BENELUX.

b) A recente união dos três países – Bélgica, Luxemburgo e Holanda – desen-

volveu-se após a 2ª Guerra Mundial, a partir da união monetária e aduaneira, tornando-se posteriormente uma comunidade econômica. Esta última efetivou-se apenas em fevereiro de 1958, ou seja, após o Tratado da Comunidade Econômica Européia, que a privilegia em seu artigo 233. Desde 1974 conta essa união com um tribunal, com vistas a preservar a unidade jurídica. Todavia, não tem ele reclamado do excesso de trabalho, mas, ao contrário, da estagnação da harmonização jurídica<sup>44</sup>.

A harmonização jurídica começou com o BENELUX em 1948, ou seja, há mais de 40 anos atrás. Adotou-se à época o clássico instrumento da convenção e, como de costume, muitos foram os elaboradores e poucos os ratificadores. Os três Estados-membros assinaram o acordo sobre marcas (1962) e sobre seguro de responsabilidade civil para automóveis (1966)<sup>45</sup>. Vários acordos foram ratificados apenas por dois dos Estados, ou somente por um, ou, ainda, permaneceram sem ratificação. Destaca-se aqui ainda a famosa "convenção-ruína": a Lei Uniforme de Direito Internacional Privado de 1951; depois de 25 anos de discussão, o projeto continua a perder terreno face ao poder adquirido mais tarde pelos acordos da Comunidade Européia. Aliás, um autor holandês lhe dedicou um *réquiem* na *Rabels Zeitschrift* de 1975<sup>46</sup>. Dez anos mais

43. The Nordic Council (nota 37), 15, 17, 33. O primeiro resultado dessa nova estratégia é a proposta de uma convenção sobre higiene do trabalho no Norte, Förslag till Nordisk arbetsmiljökonvention, NU 1988: 2, København 1988.

44. H.A.H. AUDRETSCH, Supervision in the EEC, OECD, and Benelux - a difference in degree, but also in kind?, in: International and Comparative Law Quarterly 36 (1987), 838-855, 853; R.H. LAUWAARS/J.M. MAARLEVELD, Harmonisatie van wetgeving in Europese organisaties, Deventer 1987, 312.

45. O. HANSEN, Trente années de tentatives d'unification du droit dans les pays du Benelux, une expérience, Revue de Droit International et de Droit Comparé 57 (1980), 60-82. Também DIETER OBERESCH, Wirtschaftliche Integration der Benelux-Staaten, Köln 1983, 181.

46. HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, Die Freiheit des niederländischen Richters bei der Entwicklung des internationalen Privatrechts, RabelsZ 39 (1975), 224-252, 226.

tarde, em 1985, este *réquiem* teve a sua continuação na *Nederlands Juristenblad*: “in memoriam. Depois de longa enfermidade faleceu a uniformização jurídica no BENELUX”<sup>47</sup>. E desapareceu sem deixar vestígios... Assim, quem investigar os precedentes da recepção, encontra-lo-á em duas das convenções mais significativas da Comunidade Européia, baseadas nos esforços prévios do BENELUX: o Tratado de Bruxelas sobre competência judiciária e execução (1968) e o Tratado de Roma sobre o estatuto contratual das obrigações (1980).

O BENELUX apresenta dois quadros contrastantes: em primeiro lugar, a nova estratégia de cooperação nórdica – com mais acordos obrigatórios e menos convenções facultativas – não mostrou resultado desde o início; em segundo lugar, mas não menos evidente, a força de atração do mercado unificado europeu alterou o campo de força. Assim, os escassos projetos de harmonização são cada vez mais deixados à margem dos êxitos da Comunidade Européia.

E essa força de atração da harmonização jurídica que se expande por toda a Europa e até mesmo pelo mundo tem sido fortalecida. Na seara do Direito Processual Europeu (livre circulação das sentenças judiciais!), o acordo sobre execução,

há muito já aprovado no Norte (Copenhague, 1932), foi há pouco afastado pelo Tratado sobre competência judiciária e execução (Lugano, 1988)<sup>48</sup>. E, indo mais além, ultrapassando as fronteiras européias, tem-se a matéria relativa a cheques e letra de câmbio e o direito sobre propriedade imaterial e, recentemente, sob a influência da bem sucedida Convenção das Nações Unidas (Viena, 1980), a compra e venda internacional de mercadorias, que notoriamente se internacionalizou<sup>49</sup>.

Dessa forma, a relação existente entre ganhos e perdas nos âmbitos economicamente relevantes tem demonstrado a necessidade de uma ampla harmonização jurídica.

## 2. Da cooperação bilateral

A cooperação entre Estados por meio de harmonização jurídica informal também ocorreu de forma bilateral. Sua origem pode não resultar de fenômeno natural, mas intencional, como foi o caso da relação entre a Alemanha e a Áustria.

a) após a 1ª Guerra Mundial começou a amadurecer a idéia de uma aproximação dos ordenamentos jurídicos austríaco e alemão, o que ganhou maior ênfase na década de 20. Ao invés das designações “aproximação jurídica” (*Rechtsannäherung*)

ou “equilíbrio jurídico” (*Rechtsausgleichung*) usava-se à época o conceito de “harmonização jurídica” (*Rechtsangleichung*). Tal conceito já se fazia presente na obra de Franz Klein<sup>50</sup>, em 1917, passando a ter uso generalizado 10 anos mais tarde. Pode-se dizer, inclusive, que a “harmonização” naquela época, diferentemente do que ocorre hoje, queria expressar uma unificação abrangente, provavelmente entre as leis simultaneamente em vigor nesses países. Tomemos como exemplo um manuscrito de 1928, relativo à publicação comemorativa dos juristas austríacos em homenagem a 35ª Assembléia de Juristas Alemães, por ocasião de sua reunião em solo austríaco (Salzburg), em que já se observa o “caminho para a criação de um direito privado moderno” nos seguintes moldes: “não aspiramos aqui apenas uma aproximação jurídica, mas também uma harmonização jurídica – um povo, um império, um direito”<sup>51</sup>. Em outra passagem, encontramos inclusive a expressão “harmonização jurídica completa”<sup>52</sup>.

Os discursos e manuscritos que defendiam fervorosamente essa idéia apresentaram poucos resultados práticos<sup>53</sup>. Ainda assim, mostrou-se bem sucedido o projeto oficial de um Código Penal Geral Alemão, em 1925, baseados nos costumes do século passado e debatido em uma conferência parlamentar austro-alemã, não tendo, porém, sido aprovado, em decorrência de vários outros motivos<sup>54</sup>. Com êxito restou apenas a aprovação, em 1928, da lei que instituiu o Tribunal Alemão de menores, de 1923.

No campo do Direito Privado vislumbravam-se tendências pré-guerra. Assim a lei austríaca sobre sociedades por cotas de responsabilidade limitada de 1906, que reproduziu a lei alemã de 1892<sup>55</sup>, servindo, muitas vezes, como base legal para decisões de tribunais<sup>56</sup>. E, por duas vezes, a Assembléia Alemã de Juristas discutiu a conveniência de um direito das sociedades por cotas de responsabilidade limitada unificado<sup>57</sup>. Verifica-se, desta forma, freqüentes coope-

47. A.W. JONGBLOED, Requiem voor de Unificatie van het recht in Beneluxverband, NJB 1985, 1227-1232.

48. Listado no art. 55 do acordo celebrado em 16.09.88, EG-Amtsblatt 1988, L. 319/9.22.

49. Em 01.01.88 entrou em vigor a lei de compra e venda finlandesa; em 01.01.89 foi a vez da lei norueguesa; na Dinamarca há um projeto de lei de 17.02.84. Ver ANDREAS GÖRITZ, Zur wesentlichen Vertragsverletzung beim Warenkauf - Wechselbeziehung zwischen dem nordischen und dem international einheitlichen Recht, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut Nr. 149, Saarbrücken 1998. Também LEIF SEVON, the New Scandinavian Codification on the Sale of Goods and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Schlechtriem (Hrsg.), Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Baden-Baden 1987, 343-357.

50. Die Mitarbeit der Anwaltschaft an der Rechtsannäherung, in: FRANZ KLEIN, Reden - Vorträge - Aufsätze - Briefe, Band 2, Wien 1927, 974-982, 974.

51. ERNST SWOBODA, Die Aufgaben der Rechtsangleichung und der Weg zur Schaffung eines modernen Privatrechts, in: Zentralblatt für die juristische Praxis (Hrsg.), Festschrift, dem 35. Deutschen Juristentag (Salzburg, 12.-15. September 1928), Wien, 283-290, 285.

52. JULIUS ROLLER, Rechtsangleichung. Die nächsten Aufgaben, Wien 1930, 7.

53. Ver BARTH (nota 23), 130-147.

54. Ver FRIEDRICH NOWAKOWSKI, Der Beitrag des deutschen Juristentages zur gemeindeutschen Strafrechtsreform, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Karlsruhe 1960, Band I, 55.85, 78; em discussão contemporânea, ver Rechtsangleichungs-Tagung der Rechtsausschüsse der Deutsch-Österreichischen und der Österreichischen-Deutschen Arbeitsgemeinschaft, Berlin 1932, 106-114.

55. FREIHERR VON CALL, Die Gemeinsamkeit der Rechtsbestrebungen in Österreich und Deutschland während der letzten fünfzig Jahre, in: Otto Liebmann (Hrsg.), Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung zum 31. Deutschen Juristentage in Wien, Berlin 1912, 9-14, 11.

56. BERNHARD AUBIN, Die rechtsvergleichende Interpretation autonom-internen Rechts in der deutschen Rechtsprechung, RabalsZ 34 (1970), 458-480, 463.

57. AUGUST RITTER VON PITREICH, in: Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages, 2. Band, Berlin 1912, 314-333; HANS CRÜGER, in: Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, 1. Band, Berlin 1914, 24-34.

rações, com vantagens para ambos os lados. A Áustria inspirou-se no Código Civil Alemão<sup>58</sup>, bem como no Direito Comercial e Societário. E, ao contrário do que ocorreu em 1909, o projeto de Código de Processo Civil Alemão de 1924 e 1933 seguiu a linha do Código de Processo Civil Austríaco<sup>59</sup>.

*Continuidade* foi a característica máxima da regulamentação do tráfego ferroviário de 1928, elaborada pelos dois países e de disposições quase idênticas. A homogeneidade existiu desde o início, mantendo-se mesmo após as reformas de 1909. E esse esforço para a harmonização jurídica desapareceu sem maiores resultados no início dos anos 30.

b) Como contraste em relação à cooperação austro-alemã, favorecida pela falta de barreira no idioma desses dois países, bem como condicionada pela posição política, vale registrar ainda duas tentativas históricas diferentes, em circunstâncias políticas ocasionais, tendo ambas fracassado.

Em primeiro lugar, houve o projeto de harmonização jurídica báltica entre Estônia e Letônia. Também este projeto estava associado a instituição de um Conselho de Juristas – a 1ª Conferência de Juristas Bálticos, em Dorpat (1928). Nessa oportunidade, defendia-se a idéia de uma

harmonização o mais ampla possível com relação às áreas jurídicas mais importantes, a ser desenvolvida sob as bases de uma legislação paralela, seguindo o exemplo da cooperação austro-alemã<sup>60</sup>.

A segunda tentativa, esta de caráter limitado, nasceu da iniciativa de dois professores em 1916 e visava criar uma codificação comum para a Itália e a França na área do Direito Obrigacional.

O fato de ambos os Estados institucionalizarem essa idéia mais tarde, sob a forma de comissões oficiais (a Itália em 1918 e a França apenas em 1929) não impediram que o projeto publicado em 1927 ficasse esquecido. Na verdade, foi esse levado em consideração quando da elaboração de projetos de lei em outros países, sobretudo na Polônia, mas também na Albânia, Romênia e Grécia. Anos mais tarde tal projeto foi “abandonado” em Roma<sup>61</sup>.

Recapitulando, no final desta seção, os esforços em prol de uma harmonização jurídica, empreendidos por longo tempo nos países nórdicos e por não tão longo na Alemanha e na Áustria, os quais, de qualquer sorte, renderam alguns frutos, observa-se em ambos os casos um entendimento entre Estados fronteiriços sem maiores barreiras lingüísticas e culturais e com ordenamento interno pouco diverge. Além disso, tal entendimento ocorreu em uma época em que a uniformização jurídica ainda estava

58. Ver HEINRICH DEMELIUS, *Rechtsangleichung und Rechtssprache*, in: *Festschrift* (nota 51), 57-64.

59. HANS DÖLLE, *Der Beitrag der Rechtsvergleichung zum deutschen Recht*, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben* (nota 54), Band II, 19-47, 25.

60. *Baltische Rechtsangleichung - 10 Jahre Gesetzgebung Estlands und Lettlands*, Referate der I. Baltischen Juristen-Konferenz zu Dorpat (1928), Reval 1929.

61. MARIO ROTONDI, *The Proposed Franco-Italian Code of Obligations*, in: *American Journal of Comparative Law* 3 (1955), 345-359. Registre-se que H.C. NIPPERDEY qualificou esse projeto como “base de discussão adequada” para o seu próprio projeto de um Código Civil unificado teuto-italiano (346).

amadurecendo, tendo sido de grande valia para os estudos de Direito Comparado.

Examinando-se a situação do direito comparado no início dos anos trinta, contava-se à época não apenas com o famoso dicionário de Direito Comparado, mas também com uma bibliografia comparada especializada em Direito Civil e Direito Comercial da Europa Central e Ocidental, bem como dos Estados Unidos, abrangendo o período de 1870 a 1928, a qual, apesar de referir-se a 60 anos, continha apenas 160 páginas<sup>62</sup>; sob a rubrica “uniformização” diferenciava-se ainda o Direito Civil dos Estados aliados do Direito Civil e Comercial da Alemanha e Áustria<sup>63</sup>.

Assim, esse período de harmonização jurídica entre Estados pode ser classificado como um período intermediário: durante o século XIX os esforços para a uniformização jurídica orientavam-se para o âmbito nacional, ao passo que, após a 2ª Guerra Mundial, tais esforços voltaram-se para o âmbito internacional.

## B. Colaboração de vários Estados em organizações européias

O corte provocado pela 2ª Guerra Mundial foi marcante. Desde então de-

envolveram-se novas formas de harmonização no seio de organizações internacionais, livres da obrigatoriedade jurídica.

A atividade de organizações internacionais privadas, tais como a Câmara de Comércio Internacional de Paris, embora não estruturada a partir da colaboração entre Estados, apresenta enorme significado prático. Os INCOTERMS (primeira versão em 1936), as diretivas uniformes sobre crédito documentário (primeira versão em 1933) e sobre cobrança e garantia contratual (ambas de 1978) dirigem-se diretamente ao âmbito privado. E também para o âmbito privado voltam-se as associações esportivas internacionais, juntamente com sua disciplina associativa<sup>64</sup>.

Por outro lado, restaram enfraquecidas as possibilidades informais de organizações internacionais de Estados de instituírem acordos de execução espontânea e recomendações entre outros instrumentos, exatamente onde as convenções mostravam-se excessivamente complexas, de pouca praticidade ou simplesmente inapropriadas. Destacam-se aqui as chamadas “leis-modelo” (*Modell-Gesetze*), como a que dispõe sobre arbitragem em matéria

62. Segundo ERICH-HANS KADEN, que reuniu a bibliografia a respeito (Berlin, 1930), verifica-se que o estudo jurídico comparado... seria quase impossível. Ver KADEN (nota 5), 27.

63. Comparar com os itens 31 e 32 da bibliografia (nota 62). Pouco tempo depois surgiu outro projeto de harmonização multilateral: a harmonização jurídica eslovaca, também por iniciativa de um congresso de juristas oriundos da Bulgária, Iugoslávia, Polónia e Tchecoslováquia (Preßburg, 1933), resultando, em 1936, no projeto de um *Codex vel conventio juris privati internationalis Slavorum*; ver FERENC MAJORES, *Zur Frage einer osteuropäischen Integration durch Privatrechtsvereinheitlichung*, *Osteuropa-Recht* 23 (1977), 178-209, 185.

64. Ver DIETER REUTER (Hrsg.), *Einbindung des nationalen Sportrechts in internationale Bezüge*, Heidelberg 1987; MICHAEL R. WILL (Hrsg.), *Sport und Recht in Europa - Kolloquium, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut n° 116*, Saarbrücken, 1988.

de Direito Comercial<sup>65</sup>, bem como as “cláusulas-modelos”, como as cláusulas penais em contratos, as “*guidelines*”, tais como as específicas para os contratos de fornecimento (elaboradas pelo UNCITRAL), assim como o ainda hoje atual código de conduta, como é o caso das disposições sobre navegação marítima (UNCTAD 1974), sobre empresas multinacionais (OECD 1976), sobre transferência de tecnologia, este último ainda em fase de elaboração<sup>66</sup>. A real eficácia desses instrumentos é todavia pouco conhecida no âmbito internacional e mesmo europeu<sup>67</sup>.

Restringindo-se à Europa Ocidental, abstraindo-se, entre outros, o Conselho para o Mútuo Auxílio Econômico em Moscou (*Rat für Gegenseitige Wirtschaftshilfe – RGW*)<sup>68</sup>, cujos membros sabidamente não se restringem a Estados Europeus e cujo

impulso em prol da harmonização jurídica autônoma entre os seus integrantes não é suficientemente explorado<sup>69</sup>, concentra-se a análise em duas organizações européias que, apesar de distintas entre si e a despeito de todas as crises já vivenciadas, sempre resultam mais fortes e expansivas que anteriormente. Falamos da Comunidade Européia, contando atualmente com doze membros, e o Conselho Europeu, com 23 integrantes (\*).

O Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Européia, em 1957, dispõe expressamente em seu art. 189, alínea 4, sobre o instrumento da recomendação não-vinculativa. De acordo com o art. 155 desse Tratado, a Comissão da Comunidade Européia pode ditar tais recomendações ainda que sem poderes especiais a ela atribuídos. Tal instrumento teve relevante

65. Ver JOACHIM H. GRANDZOW, *Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit* von 1985, München 1988.

66. ROLF HERBER, *Gesetzgebungsprobleme bei der internationalen Zivilrechtsvereinheitlichung*, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1987, 17-42, 22.

67. ROLAND LOEWE, *Zur Ausarbeitung internationalen Einheitsrecht*, in: Schäffer (nota 31), 123-128, 127, trata do “Direito” (sem aspas): “há centenas desse tipo de recomendações ou modelos, os quais são em sua maioria desconhecidos pelos juristas...”

68. Também o Conselho para Mútuo Auxílio Econômico conta com recomendações. Tal mecanismo, tido como o mais significativo, a juízo do Conselho, transformou-se de um instrumento espontâneo em um meio especial de vinculação jurídica. Ver WOLFGANG SEIFFERT, *Das Rechtssystem des RGW*, Baden-Baden, 1982, 220.

69. O complexo programa de 1971 previu na Parte IV, parágrafo 15, nº 1, a “aproximação das respectivas normas nacionais e sua uniformização” (tradução alemã de Alexander Urschakow, *Integration im RGW [COMECON]*, Dokumente, 2. Aufl., Baden-Baden, 1983, 1116) e foi denominado pela doutrina como “harmonização indireta”, conforme SEIFFERT *et alii*, *Das System rechtlicher Regelung der sozialistischen ökonomischen Integration*, Berlin 1976, 34; os efeitos foram satisfatórios, com exceção das condições gerais de fornecimento do RGW de 1968, conforme SEIFFERT (nota 68), 143. Ver também IVAN SZASZ, *The CMEA Uniform Law for International Sales*, 2dn. Ed., Budapest 1985, sobretudo páginas 1-34, 57-70 (genérico), 220-230 (perspectivas), 231-234 (texto), com a notável propagação na Iugoslávia e Finlândia, entre outros (46). Outras perspectivas constam em “Grundzüge einer wissenschaftlichen Konzeption des allgemeinen Teils der rechtlichen Regelung internationaler Wirtschaftsverträge zwischen den Organisationen der Mitgliedsländer des RGW”, Berlin: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Heft 331) 1986, em que aparece no § 110 ALB/RGW a aplicação subsidiária da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional - Viena 1980. Comparar ainda ALEXANDER USCHAKOW, *Vereinheitlichung des Kaufrechts im Ost-West-Verhältnis*, Köln 1978.

(\*) A União Européia conta atualmente com 15 Estados-membros. O Conselho Europeu, em vias de expansão em direção aos Estados do leste, conta, desde a entrada da Croácia, em novembro de 1996, com 40 Estados-Membros. (N. do T.)

significado prático na harmonização das questões alfandegárias (art. 27 do Tratado)<sup>70</sup>. De resto, pode-se questionar se esses instrumentos vinculativos de harmonização jurídica não servem para protelar uma existência ilusória.

O Conselho Europeu vale-se com maior frequência de recomendações, se o compararmos com a Comunidade Européia, como prevê seu Estatuto de 1949. Conforme o art. 15 (b), combinado com o art. 20 (a) (i), as resoluções requerem unanimidade e mostram-se como uma solução deviatória elegante, na hipótese de uma convenção apresentar grandes divergências e prometer pouco êxito. Por outro lado, possibilitam as resoluções uma troca produtiva de idéias entre os participantes. Tal se verificou em 1976, quando o Conselho Ministerial entrou na discussão sobre a proteção do consumidor na Europa, editando uma resolução com uma “lista negra” de cláusulas contratuais abusivas<sup>71</sup>. Este catálogo, mantido inalterado do outro lado do Atlântico, revolucionou o Código Civil da Costa Rica<sup>72</sup>, sendo que o eco do lado europeu teve pouca ressonância. Salvo se for aqui incluída a tarefa da Comissão da Comunidade Européia que, muitas vezes, sem

dispor de meio mais rápido, apresenta um dossiê, para poder colher, em curto espaço de tempo, grandes frutos da harmonização jurídica, com o auxílio do instrumento mais fértil para tanto – a diretiva<sup>73</sup>. Não causa espanto, todavia, a falta de êxito ao final, eis que não se pode prever a forma pela qual cada Estado-membro reagirá na transposição da diretiva para o direito interno<sup>74</sup>.

Apesar dos resultados satisfatórios e tendo em vista essa nova perspectiva de união entre Estados, encerra-se este primeiro capítulo sobre a cooperação espontânea. A concorrência entre a Comunidade Européia e a Conselho Europeu, consistindo por vezes em verdadeiro impedimento para aqueles que se ocupam com a harmonização jurídica, também fez com que a idéia de cooperação quase retrocedesse. Um exemplo antigo de coordenação de projetos de harmonização jurídica foi a questão relativa à responsabilidade pelo fato do produto. No ano de 1975 a 1977 procederam-se consultas intensivas entre ambas as organizações, com freqüentes trocas de projetos de diretivas e convenções, o que resultou na convergência entre a Convenção do Conselho Europeu de 1977 e a diretiva da Comunidade Européia de 1985<sup>75</sup>. O mais novo

70. ver SALDATOS, G. VANDERSANDEN, *La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations nationales dans le cadre de la Communauté économique européenne*, in: Université Libre de Bruxelles, Institut d'études européennes, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles 1976, 95-151.

71. Resolução (76) 47, de 16.11.76, com um catálogo de 28 exemplos.

72. Dois dias antes da entrada em vigor da lei alemã sobre Condições Gerais dos Contratos (ABG), foi publicada a Lei nº 6.015, de 07.12.76, que ampliava o art. 1023 do Código Civil, a pedido de juízes, no sentido de incluir outras 19 hipóteses de cláusulas passíveis de nulidade.

73. Seguiu o primeiro antiprojeto de diretiva (agosto/76) um assim chamado “livro verde”: *Misbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, EG-Bulletin Beilage 1/84. Ver LUDWIG KRÄMER, *EWG-Verbraucherrecht*, Baden-Baden 1985, 205-214.

74. EWOUT HONDIUS, *Unfair Terms In Consumer Contracts*, Utrecht 1987.

75. Ver F. E. DOWRICK, *Overlapping European Laws*, *International and Comparative Law Quarterly* 27 (1978), 629-660, 636, 640.



resultado obtido com essa colaboração é o “Fernsehen ohne Grenzen” (\*), título do livro verde da Comissão da Comunidade Européia de 1984<sup>76</sup>. No início de maio de 1989 foi assinada a respectiva Convenção do Conselho Europeu por iniciativa da Áustria e da Suíça. E, contra a oposição conjunta da Comissão e do Parlamento, o Conselho Ministerial da Comunidade Européia aguardava as negociações no Conselho Europeu, deliberando em dezembro de 1988 que o projeto de diretivas deveria adaptar-se à Convenção de Strasbourg<sup>77</sup>.

Os sinais são favoráveis para que esse episódio sirva de precedente, sendo que, onde for possível, a cautela deve ser institucionalizada<sup>78</sup>. E a forma mais nova de cooperação espontânea a nível internacional seria a “harmonização dos projetos de harmonização”, não mais entre Estados, no seio das organizações européia, mas também entre essas próprias organizações.

A tendência à internacionalização e à intensificação na cooperação espontânea tratada neste capítulo evidencia-se clara-

mente com a recepção espontânea, a ser abordada a seguir.

## II – Recepção espontânea

A recepção, consciente ou não, tem por consequência uma aproximação entre o doador e o receptor. O conceito “recepção” é cintilante<sup>79</sup>. Se em outros tempos falava-se do renascimento do Direito Romano em grande parte da Europa, hoje tem-se a transposição de uma codificação inteira, como o Código de Direito Civil Austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB*) em Liechtenstein, ou o Direito Privado Suíço na Turquia. Frequentemente ocorre também a simples adoção de um determinado instituto jurídico ou a cópia de uma norma isolada. Os limites entre a recepção, a imitação e a inspiração são móveis. Contudo, referem-se essas a influências conscientes e passíveis de execução, e não a processos paralelos independentes uns dos outros.

Ninguém é uma ilha. Assim, como os povos e as culturas não se desenvolvem

no vácuo, não há como seu direito progredir isoladamente. Consequentemente, a adoção, a imitação e a cópia não constituem exceção. Sempre houve e sempre haverá<sup>80</sup>. As idéias exitosas e cujos modelos de solução se expandem são aceitas e desenvolvidas por outros. O mais novo legislador, que se ocupa com problemas normativos, consulta o vizinho mais próximo, ou até o mais distante, e verifica o que é mais compatível e executável para sua realidade. Essas “trocas normais e vivas entre ordenamentos jurídicos”<sup>81</sup> podem avançar ainda mais. Restringiremo-nos, todavia, apenas àquelas que estão estritamente ligadas à harmonização jurídica consciente e que dão origem a um novo processo. Assim, destacam-se três hipóteses: a recepção como harmonização jurídica direta ou com eficácia interna (“intra muros”), a recepção como harmonização jurídica indireta ou de eficácia externa (“extra muros”) e a aproximação por meio de recepção no lugar de harmonização jurídica. Ou seja, tratam-se aqui, respectivamente, da aproximação por meio de recepção como consequência direta, como produto colateral e como substituta da harmonização jurídica total.

## A. Recepção pela via do direito unificado

Tem-se em mente neste sentido a recepção não apenas de direito nacional, mas também de direito unificado. A comparação segue à frente da harmonização em busca de uma solução comum e necessária. Como ensina a experiência da Comunidade Européia, a regra geral baseia-se na comparação de resultados isolados nos Estados-membros, levando-se em consideração muitas vezes o ordenamento de outros Estados e, sobretudo, o direito unificado existente ou proposto. E tal ocorre de forma que os modelos existentes exercem influência no direito unificado e expandem-se por meio desse direito unificado pelos Estados. Assim, a uniformização jurídica funciona como uma espécie de catalisador para os processos de recepção e dá origem apenas a “uma categoria especial de recepção”, segundo doutrina unânime<sup>82</sup>.

Assim, utilizando-se desse conceito de recepção acabariam as fronteiras existentes entre harmonização e recepção, ou seja, entre a aproximação genérica e consciente, de um lado, e a recepção unilateral e muitas vezes inconsciente, de outro. Esse raciocínio esclarece o papel da

(\*) “Fernsehen ohne Grenzen” (“Televisão sem fronteiras”) é o título do assim chamado Livro Verde da Comissão sobre o estabelecimento de um mercado comum para rádio e especificamente para satélites e rede a cabo, conforme Comunicação da Comissão ao Conselho, Bruxelas, 14.06.84. (N.do T.)

76. Ver JÜRGEN SCHWARZE (Hrsg.), *Fernsehen ohne Grenzen*, Baden-Baden 1985.

77. IVO E. SCHARZE, *Fernsehen ohne Grenzen: Zur Effektivität und zum Verhältnis von EG-Richtlinie und Europarats-Konvention, Europarecht* 1989, 1-12, 10.

78. Ver “Briefwechsel zwischen dem Europarat und der Europäischen Gemeinschaft über eine Verbesserung und Intensivierung der Zusammenarbeit”, de 16.06.87, EG-Amtsblatt 1987, L 273/35, assim como “Mitteilung der Kommission an den Rat über die Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und dem Europarat”, de 08.03.89, KOM DOC (89) 124. Genericamente: RAYMOND FERRETTI, *La coordination de l'action des organisations internationales au niveau européen*, Bruxelles 1984.

79. Sobre os diferentes significados ver ANDREAS B. SCHWARZ, *Rezeption und Assimilation ausländischer Rechte*, in: *Rechtsgeschichte und Gegenwart, Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, Karlsruhe 1960, 149-160, 150; HIRSCH (nota 18), 123; por vezes o conceito “recepção” designa apenas a técnica de transposição de convenções para o direito nacional, conf. MATSCHER/SIEHR/DELBRÜCK, *Multilaterale Staatsverträge erga omnes und deren Incorporation in nationale IPR-Kodifikationen - Vor- und Nachteile einer solchen Rezeption*, Heidelberg 1986; v. FRANZ MATSCHER, a.a.O., 11-38, 13, nota 1.

80. “Welches Volk hätte aber nicht recipiert?” (COHN, nota 14, 233); “in the Western world borrowing (with adaptation) has been the usual way of legal development (WATSON, nota 17, 7). Os processos de recepção não ocorreram apenas na formação do sistema jurídico francês, que influenciou as codificações européias e de outras nações, conf. KEGEL (nota 8, 22): “na realidade, o que uniformiza o direito não é a forma, mas a essência”. Apesar disso, a recepção é considerada imprópria para fins de uniformização jurídica (PHILIPPS, nota 15, 24), relativa e eventual (MURAD FERID, *Methoden, Möglichkeiten und Grenzen der Privatrechtsvereinheitlichung*, ZfRV 3 [1962], 193-213, 206, com nota 38).

81. GERT REINHART, *Rechtsvergleichung und richterliche Rechtsfortbildung auf dem Gebiet des Privatrechts*, in: *Richterliche Rechtsfortbildung, Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen*, Festschrift der juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg, 1986, 599-617, 617.

82. IMRE ZAJTAY, *Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung*, AcP 156 (1957), 361-381, 377.



harmonização jurídica na difusão de modelos de normas e faz com que sejam observadas as soluções adotadas em ordenamentos jurídicos isoladamente considerados no direito unificado. Assim, tem-se como exemplo: a noção de inadimplemento fundamental constante nas Convenções de Haia (1964) e de Viena (1980) sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias adotado a partir do sistema escandinavo sobre incumprimento no Direito das Obrigações; a questão do poder de representação, limitado e limitável, de órgão de uma sociedade de capital na primeira diretiva da Comunidade Européia sobre Direito Societário a partir do Direito Alemão<sup>83</sup>; a utilização do princípio do Direito Inglês "true and fair view" na diretiva sobre balanço<sup>84</sup>; a noção de "groupement d'intérêt économique" do Direito Francês no grupo de mesmo nome a nível europeu<sup>85</sup>.

Porém, quando as soluções adotadas no direito unificado advém de terceiros Estados, ocorre um tipo de recepção comparável com a clássica recepção no direito nacional, apenas com uma diferença, qual seja, o fato de o procedimento geral de recepção ter por consequência a expansão uniforme e concomitante do modelo estrangeiro pelos vários ordenamentos jurí-

dicos dos Estados envolvidos. Na Comunidade Européia, por exemplo, destaca-se a notável influência, principalmente dos Estados Unidos, quanto aos princípios orientadores em matéria de cartéis, bem como os detalhes no direito de proteção de semi-condutores.

A recepção adquiriu uma nova qualidade por meio do direito unificado, justamente quando se trata de *adoção de direito unificado em direito unificado*. Em sendo instituída uma nova organização internacional, certamente orientaria-se esta a partir das experiências vividas por outras. Ocorre, por vezes, inclusive, a recepção de estruturas inteiras de direito unificado que, por sua vez, originam um outro direito unificado. Destaca-se aqui como exemplo o Pacto Andino, cópia mais ou menos fiel da Comunidade Européia, especialmente no que diz respeito ao seu Direito Comunitário e ao Tribunal de Quito como guardião da unidade<sup>86</sup>; ou a Convenção sobre Direitos Humanos do Conselho Europeu elaborada com base nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos para os países da América do Sul e do Norte, no seio da Organização dos Estados Americanos, com um Tribunal na Costa Rica<sup>87</sup>, e, sem órgão judiciário, na África desde 1986<sup>88</sup>.

83. CORNELIUS FISCHER-ZERNIN, Der Rechtsangleichung der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinien der EWG, Tübingen 1986, sobretudo pgs. 7-26, 48-61.

84. BERNHARD GROSSFELD, Zur Geschichte des europäischen Bilanzrechts, in: Festschrift für Walter J. Habscheid, Bielefeld 1989, 131-138.

85. MICHAEL O. SCRIBA, Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, Heidelberg 1988; ANDREAS MEYER-LANDRUT, Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, Stuttgart 1988.

86. GONZALO ORTIZ DE ZEVALLOS, Common Market Law and its Influences in the American Andean Region, in: Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden 1987, 843-859; para uma abordagem genérica ver MASSIMO PANEBIANCO, Introduzione al Diritto Comunitario Comparato, Salerno 1985, 117-130.

87. JULIANE KOKOTT, Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte, Berlin u.a. 1986.

88. Tradução alemã da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, introdução de MANFRED NOWAK, EuGRZ 1986, 675-682.

Entretanto, cumpre perguntar aqui, como em qualquer outro caso de recepção genérica motivada, se a estrutura importada funciona e, positiva a resposta, se esse funcionamento é bom, mal ou razoável, se comparado com o modelo recepcionado.

Não apenas com relação à estrutura institucional básica, mas também quanto ao direito material unificado tenta-se unir antigos esforços e resultados de harmonização. Assim, no Conselho para Ajuda Econômica Mútua discute-se sobre as condições gerais de fornecimento elaboradas, em 1968, pelo Conselho de mesmo nome com sede em Moscou (na versão de 1988), as quais devem ser adaptadas pela Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980), para que possam assumir sem problemas o papel de estatuto subsidiário<sup>89</sup>. Na Comunidade Européia, o direito unificado encontra vários adeptos em todos os níveis: no Direito Comunitário Primário (o art. XX do GATT serviu de base para o art. 36 do Tratado da Comunidade Econômica Européia), no Direito Comunitário Secundário (as recomendações do Conselho Europeu dão origem às propostas de diretivas), no direito especial das convenções da Comunidade Européia (o trabalho do BENELUX fundamentou o Tratado Europeu sobre competência judiciária e execução (*Europäische Gerichtsstands – und Vollstreckungsübereinkommen – EuGVÜ*)).

89. Ver DIETRICH MASKOW, Zur Weiterentwicklung des RGW-Vertragsrechts, Staat und Recht 1989, 211-219, 216; o autor, todavia, alerta para o problema de uma "recepção demasiado excessiva e sem ponderações".

90. ERIK JAYME/CHRISTIAN KOHLER, Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG – Stand 1989, IPRax 1989, 337-346, 339.

Mas isso ainda não é tudo. Os modelos desenvolvidos em outro direito unificado reagem ao modelo de origem. O Tratado Europeu sobre competência judiciária e execução, firmado pelos seis primeiros Estados-membros da Comunidade Européia em 1968, adotado e ampliado para nove Estados-membros, em 1978, e para dez, em 1982, foi recebido genericamente e novamente trabalhado em 1988 no Tratado de Lugano para os Estados da Comunidade Européia e EFTA, atingindo, por fim, tais alterações os doze Estados-Membros da Comunidade (Donastia-San Sebastián, 1989)<sup>90</sup>. Esse "vai-e-vém" de recepções recíprocas, espantoso à primeira vista, é, no fundo, apenas o resultado da expansão de uma convenção bem sucedida, na qual a recepção (ou seja, o aumento do número de Estados participantes) foi útil para a revisão (em relação aos Estados já participantes).

A recepção por meio de direito unificado, pode-se assim resumir, acelera a expansão de modelos de solução e propicia a aproximação jurídica, envolvendo Estados, regiões ou mesmo sistemas, onde forem adotadas soluções advindas de terceiros Estados ou de outro direito unificado.

## B. Recepção de direito unificado

Não apenas o direito unificado, mas também o direito nacional recepciona vo-

luntária e autonomamente o direito unificado. E esse fenômeno não é tão recente assim, como sugere a discussão sobre o “cumprimento autônomo” do direito da Comunidade Européia. Já nos anos 20 a “força de atração” do direito unificado era demasiada concentrada, conforme Ernst Rabel em sua obra sobre o direito de compra a venda de mercadorias (*“Recht des Warenkaufs”*)<sup>91</sup>.

1. Naquela época pensava-se, todavia, apenas em um caso especial de recepção autônoma de direito unificado, em uma recepção pelos próprios Estados signatários de um tratado que, em razão da obrigatoriedade advinda desse tratado, ocasionasse a expansão do direito unificado pelo direito interno, nas questões reguladas ou não pela convenção. Destacam-se como exemplos desse tipo de ampliação autônoma do campo de aplicação o direito de trânsito em estradas de ferro como consequência da Convenção de 1890<sup>92</sup>, chegando-se até o Direito Internacional Privado atual<sup>93</sup>. O objetivo dessa ampliação autônoma é evidente: a manutenção da unidade jurídica interna e em nível de Direito Internacional Privado, bem como o estabelecimento de um vínculo entre os procedimentos estrangeiros comparáveis sem que ocorram contradições.

Também o direito vigente da Comunidade Européia foi diretamente recepcionado pelo direito interno e autônomo dos Estados-membros. Assim, por exemplo, têm-se as disposições acerca do direito de concorrência constantes no Tratado da Comunidade Econômica Européia que foram utilizadas pela Grécia, ainda antes do seu ingresso na Comunidade Européia, quando da elaboração da lei grega sobre cartéis de 1978<sup>94</sup>, bem como a inclusão no § 25, n° 1 da lei alemã sobre limitações à concorrência, quando da elaboração do segundo projeto de lei a respeito, em 1973, da proibição dos procedimentos previstos no art. 85, n° 1 do Tratado da Comunidade Européia - este último baseado na jurisprudência anti-truste norte americana<sup>95</sup>.

Não apenas os Estados signatários de acordos internacionais, mas também outros Estados recepcionam o direito unificado. A expansão autônoma do direito de compra e venda internacional, em nível universal, demonstra que o “cumprimento autônomo”, ou seja, a recepção do direito da Comunidade Européia no ordenamento dos países integrantes do EFTA, não é um acontecimento singular. Já o projeto para a regulamentação de um direito de compra e venda internacional de mercadorias de Haia

(1956) influenciou a lei tchecoslováquia sobre comércio internacional de 1963<sup>96</sup>. A então Iugoslávia, enquanto Estado não signatário, adotou as Convenções de Haia de 1964 literalmente em três passagens de seu direito de obrigações de 1978<sup>97</sup>. Assim também Israel, enquanto Estado signatário, valeu-se da Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (Haia, 1964) no seu sistema de incumprimento do Direito Obrigacional de 1970<sup>98</sup>. E também o direito unificado de compra e venda internacional de mercadorias (Convenção de Viena, 1980) já vem servindo de fonte inspiradora em vários ordenamentos: no direito dos contratos de fornecimento internacional (discussão no Conselho para Auxílio Econômico Mútuo<sup>99</sup>), no direito interno relativo aos contratos de compra e venda (assim a nova lei finlandesa e o projeto norueguês<sup>100</sup>), assim

como na Parte Geral do Direito das Obrigações (destacando-se o projeto de Código Civil Argentino<sup>101</sup>).

E até mesmo “natimortos” reproduzem: lembre-se aqui do projeto franco-italiano de Direito das Obrigações de 1927 que, como já mencionado, sobreviveu na Albânia, Romênia, Polônia e Grécia. E o resultado desse direito unificado já se revelou para a Comunidade Européia como uma “harmonização jurídica indireta”<sup>102</sup>. Ela passa da simples imitação de projetos de regulamentação (como é o caso da norma francesa sobre especulação financeira de 1950, segundo o modelo do estatuto proposto para a sociedades por ações europeias<sup>103</sup>) por uma reforma autônoma, na espera de uma diretiva da Comunidade Européia (reforma do direito societário francês de 1966, antecipando-se à primeira diretiva européia nesse sentido), até chegar à ante-

91. Band 1, Berlin u.a. 1936, 48.

92. Ver RENÉ DEMOGUE, L'unification internationale du droit privé, Paris 1927, 154, e CH. LYON-CAEN, L'unification du droit commercial et l'Académie internationale de droit comparé, in: Actorum Academiae universalis iurisprudentiae comparativae, Band I, Paris 1928, 158-164, 160, onde constam outros exemplos.

93. Ver KURT SIEHR, in: Matscher/Siehr/Delbrück (nota 79), 45-146, 79, 95, 97.

94. DIMITRIS TZOGANATOS, Zur Rezeption fremden Rechtsguts im Bereich des Wirtschaftsrechts, em que é apresentada a problemática do controle de fusão de empresas segundo a legislação grega sobre cartéis, Bonn 1983, 54-71.

95. FRITZ RITTNER, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 3. Aufl., Heidelberg u.a., 1989, 291, e ULRICH DROBNIG/PETERDOPFFEL, Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch den deutschen Gesetzgeber, RabelsZ 46 (1982), 253-300, 276.

96. PAVEL KALENSKY, Die Grundzüge des tschechoslowakischen Gesetzes über den internationalen Handel, RabelsZ 30 (1966), 296-323, 298, nota 7, 318-323, assim como ANTONIN KANDA, Nichterfüllung eines internationalen Kaufvertrages, RabelsZ 34 (1970), 315-335, 325 e segs.; ALEXANDER USCHAKOW, Vereinheitlichung des Kaufrechts im Ost-West-Verhältnis, Köln u.a., 1978, 29, com nota 75, designa essa influência da Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias de Haia na lei alemã sobre contratos econômicos internacionais de 1976, entre outras, como uma “harmonização jurídica indireta”, referindo-se a HANS-CLAUDIUS FICKER, Die Rechtsentwicklung innerhalb der Europäischen Gemeinschaften und ihre Auswirkungen auf die EFTA-Staaten, ZfRV 14 (1973), 161-174, 168.

97. Ver STOJAN CIGOJ, Das jugoslawische Schuldrecht unter dem Einfluß der Vereinheitlichungsbestrebungen auf dem Gebiet des Warenkaufs, ZfRV 86 (1987), 97-106.

98. Ver ARIEL BIN-NUN, Einführung in das Recht des Staates Israel, Darmstadt 1983, 134.

99. Ver nota 89.

100. Ver nota 49.

101. ALEJANDRO M. GARRO, La formación del contrato en la Convención de Viena sobre compraventas internacionales y en el proyecto de unificación, Revista Jurídica de Buenos Aires 1987-III, 13-65.

102. Ver TASCHNER, nota 18.

103. TASCHNER (nota 18), 410, designa tal caso como o “exemplo mais preciso para a hipótese de harmonização jurídica indireta”: a recepção pela França “sem a alteração de uma só palavra”. A simples comparação dos textos demonstra claramente não apenas o fato de nenhuma palavra ter sofrido alteração, mas também o conteúdo: entre os especuladores apresentados por TASCHNER a que se refere o art. 82, faltam as palavras “examinador final” e “acionista majoritário” no art. 162-1, faltando também a “interposta pessoa” (*personnes interposées*), “obrigatoriedade de declaração” (*Meldepflicht*) e “varredura de ganhos” (*Gewinnauskehr*), conforme nossa crítica em BB AWD 1972, 123-128, 126 e KLAUS HOPT/MICHAEL R. WILL, Europäisches Insiderrecht, München 1973, 109-111.

cipação de projetos ainda não executados em toda a Comunidade (Acordo de Schengen de 1985 como precursor da redução do controle pessoal nas fronteiras internas<sup>104</sup>).

2. Seria possível admitir que os exemplos de uma recepção autônoma de direito unificado, suas formas variadas e suas bases originariam um novo tipo de recepção? E apresentaria a recepção do direito unificado diferenças estruturais fundamentais para a recepção de normas nacionais?

A resposta não é difícil, se considerada abstratamente. As normas de direito unificado refletem sempre um consenso entre diversos Estados, formado sob as bases do Direito Comparado. Com isso, os conteúdos normativos, que servem para solucionar particularidades de uma ordem jurídica isolada e que originam antagonismos entre ordens jurídicas diversas, são facilmente transmitidos<sup>105</sup>. Todavia, essa situação não pode ser estimada quanto ao seu real significado: quando da expansão das disposições contidas na Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (Viena, 1980), verificou-se que as maiores dificuldades não se encontravam na relação entre os países industrializados e os em desenvolvimento, ou entre o Ocidente e o Oriente, mas sim entre grupos de Estados da Europa Ociden-

tal que, devido à sua tradição jurídica de séculos, tinham um convencimento próprio a respeito de cada solução apontada<sup>106</sup>. Uma outra vantagem para os regramentos, aqui especificamente com relação à Comunidade Européia, é o fato de que as disposições comuns e a futura jurisprudência do Tribunal Europeu apresentam-se em nove idiomas como versões originais, o que, sem dúvida, facilita o seu entendimento; pensa-se, inclusive, na elaboração de uma versão também nas línguas escandinavas, bem como na facilidade de acesso das versões em Português e Espanhol para a América Latina.

Na prática, contudo, surgem freqüentemente dúvidas quanto à distinção entre a recepção de direito unificado da recepção de direito nacional, eis que esta já se encontra consolidada no desenvolvimento internacional.

A transição entre a recepção de direitos nacionais e supranacionais mostra-se particularmente clara na Áustria, razão pela qual permitimo-nos aqui uma pequena antecipação: segundo a literatura que se ocupa com a influência do Direito Comunitário no ordenamento jurídico austríaco, são observadas também as leis e decretos alemães, como é o caso da lei de proteção de dados ou os decretos que dispõem sobre alarme de incêndio e sobre instrução técnica aé-

rea, matérias até então não reguladas pelo Direito Comunitário<sup>107</sup>. Nos próprios projetos de lei do governo encontram-se indicações esporádicas, porém expressas, quando se tratam de decisões policiais em “conformidade com a Comunidade Européia”: as leis policiais das unidades federadas da República Federal da Alemanha prevêm normas, cujo conteúdo material é igual à norma proposta, o que é normal ocorrer, porém referindo-se a outro direito nacional<sup>108</sup>.

Por outro lado, a adoção de particularidades estruturais básicas da recepção de direito unificado é rebatida pelo fato de que muitas vezes essa adoção consiste de apenas uma parte de um processo internacional comum, integrante de uma série de recepções simples. Isso ocorreu, por exemplo, no desenvolvimento da proteção de semi-condutores. O *Semiconductor Chip Protection Act* norte americano, de 1984, foi adotado no ano seguinte pelo Japão e dois anos mais tarde, quase que simultaneamente, na Suécia e na Comunidade Européia (recepção *por meio de* direito unificado),

bem como na lei alemã sobre a matéria, de 1987, e na lei austríaca de 1988 (recepção de direito unificado)<sup>109</sup>.

E se surgissem novidades com a recepção autônoma do direito unificado, não quanto aos meios, mas quanto aos fins da aproximação jurídica, ocorreriam essas possivelmente no que diz respeito à relação entre os Estados-membros do EFTA e os da Comunidade Européia, onde o tratamento sistemático do direito unificado comunitário deverá servir sobretudo à Áustria e à Suíça, preparando, com isso, sua participação no mercado unificado europeu. A recepção autônoma de direito unificado, freqüentemente como resultado inesperado dos esforços em prol de uma harmonização jurídica consciente, comprova a tendência à internacionalização e à intensificação da troca que se efetiva entre ordenamentos jurídicos.

### C. Recepção ao invés de harmonização?

A antiga controvérsia acerca do fato de a recepção refletir as vantagens ineren-

104. Ver ERHARD STOBBE, Das Schengener Übereinkommen - Inhalt, Wirksamkeit und Bedeutung, Reden, Vorträge und Berichte aus dem Europa-Institut n.º 156, Saarbrücken 1989.

105. Com relação à Áustria ver ALOIS MOCK, Österreichs neue Europapolitik, in: Henke (Hrsg.), Die Weichen in Richtung Europa, Wien 1987, 35-42, 38; segundo HEINRICH NEUMANN/JAN KROPHOLLER, Rechtsvereinheitlichung - Rechtsverbesserung?, RabelsZ 45 (1981), 73-90, os textos internacionais, tendo em vista a cautela quanto à possibilidade de perda de prestígio nacional, são recepcionados como “uma lei estrangeira ainda boa”.

106. PETER SCHLECHTRIEM, Einheitliches UN-Kaufrecht, Tübingen 1981, 110.

107. Salvo interpretação errônea, ver GERHARD STADLER, Politikkooperation und Rechtsangleichung im Umweltschutz, in: Rack (Hrsg.), 30 Jahre danach: neue Perspektiven für die Beziehungen der EFTA-Staaten zur Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1987, 97-111, 104, que mencionou esse exemplo sob o título “a situação jurídica dos Estados-membros do EFTA e a influência exercida pelo Direito Comunitário. Inequivoco, contudo, o relatório de pesquisa de Stadler, conforme nota 108, a seguir.

108. 722 BlgStProt XVII. GP; ver crítica de GERHARD STADLER, Der Einfluß des europäischen Verwaltungsrechts auf das österreichische Rechts, ainda não publicado (gentilmente cedido pelo autor), p. 35. Outros projetos do governo remetem totalmente à situação jurídica “dos países vizinhos da Áustria”, especialmente a República Federal da Alemanha; assim a lei que dispõe sobre produtos de limpeza de 1984 (185 BlgStProt, XVI. GP) e o anteprojeto n.º 12 da lei sobre veículos automotores de 1988 (477 BlgStProt, XVII. GP).

109. Ver THOMAS DREIER, Die Entwicklung des Schutzes integrierter Halbleiterschaltkreise, GRUR Int. 1987, 645-663. USA: Lei 98-620, de 8.11.1984 e, atualmente, 17 U.S.C., §§ 901-914; Japão: Lei 43/1985, de 31.5.1985; Comunidade Econômica Européia: Diretiva 87/54/EWG, de 16.12.1986, EG-Amtsblatt 1987, L 24/36; Suécia: Lei de 18.12.1986, SFS 1986:1425; República Federal da Alemanha: Lei de 22.10.1987, BGBl 1987 I, 2294; Áustria: Lei de 23.6.1988, BGBl 1988/372. A literatura austríaca que trata da proteção de semi-condutores e se orienta fielmente pela lei alemã segue em um aspecto a Diretiva da Comunidade Européia: a negativa de proteção para estabelecimentos fictícios (ver § 5, alínea 2 dHISchG, § 2, alínea 3 dHISchG c/c Art. 3 (3) b) ii) da Diretiva.

tes ao modelo adotado, ou, ao contrário, o poderio do país de origem, ou seja, os princípios do *imperio rationis* ou *ratione imperii*<sup>110</sup>, também ganha atualidade nos últimos tempos. E não apenas a posição da Comunidade Européia frente aos Estados-membros do EFTA, mas também o desenvolvimento internacional, sobretudo no que diz respeito à proteção dos semi-condutores e à exploração oceânica, permitem que se tema que um Estado ou grupos de Estados possam se valer de seu poderio econômico para obrigar a unificação jurídica internacional, por meio de normas unilaterais, ao invés de obtê-las pela harmonização comum. A obrigatoriedade de recepção pode partir do requisito “reciprocidade material”, que faz com que a existência de um tratamento igualitário interno dependa da promulgação de normas de mesmo teor.

Assim, os Estados Unidos regulamentaram a proteção dos semi-condutores por meio do *Semiconductor Chip Protection Act*, de 1984, conscientemente à margem das convenções internacionais sobre proteção da propriedade industrial e dos direitos autorais, convenções essas que reconhecem o princípio do tratamento interno igualitário. Ao invés disso, a lei americana exige reciprocidade material e prevê para produtos

estrangeiros uma proteção interna, para pedidos feitos até novembro de 1987<sup>111</sup>. A consequência disso se refletiu em uma “onda” de recepções nos países industrializados ocidentais mais importantes. Todos os Estados, à exceção do Japão, também adotaram a condição da reciprocidade material. E os esforços empreendidos para um regramento geral ocorreram muito mais tarde: em verdade, um acordo internacional iniciado pelo *World Intellectual Property Organisation – WIPO* entrou em vigor em maio de 1989 contando apenas com dois opositores. E esses opositores provinham dos Estados Unidos e do Japão que, juntos, detinham 80% do mercado de produtos semi-condutores<sup>112</sup>. Com isso, o êxito dessa convenção foi posto em dúvida desde o início. A legislação unilateral e a sua adoção autônoma por um pequeno, porém significativo, número de Estados ocupou, por assim dizer, funcionalmente o lugar do direito unificado comum<sup>113</sup>.

Obrigatoriedade de recepção ao invés da harmonização jurídica comum; impaciência do poder ao invés da busca exaustiva de um consenso sustentável: espera-se aqui uma melhoria nessas tendências. É certo, contudo, que esse caminho árduo da aproximação jurídica é percorrido

com sucesso apenas quando se trata de matérias novas, ainda não reguladas. Indaga-se, pois, se os anseios da Comunidade Européia à “reciprocidade efetiva” em relação aos Estados-membros do EFTA expressa essa posição de força. Será este o tema abordado na segunda parte do nosso trabalho. E se a recepção mostrar-se como um meio atual dúbio, então aparece aqui um outro caminho a ser percorrido para a convergência.

### III – Paralelismo inconsciente

Ao lado da cooperação voluntária e da recepção voluntária há ainda uma terceira forma de aproximação jurídica autônoma, que não resulta da harmonização jurídica comum, e que não pode ser suficientemente classificada como recepção voluntária ou imitação. Tratam-se dos desenvolvimentos paralelos inconscientes, daquele “crescimento equilibrado espontâneo” (*spontane Gleichwachsen*) de que fala-va Zitelmann.

As causas e a abrangência desse fenômeno ainda são buscadas empiricamente<sup>114</sup>. Algumas orientações advindas de diversas correntes da Filosofia do Direito afirmam que determinados procedimentos devem necessariamente produ-

zir instituições jurídicas iguais em ordenamentos jurídicos diferentes sem que haja influências recíprocas<sup>115</sup>. Assim o Direito Natural, cujos seguidores comprovam por meio de pesquisas de Direito Comparado a unidade do espírito humano, do qual provém o Direito<sup>116</sup>. Assim também as concepções da teoria da evolução dominantes no século XIX, em especial na etnologia jurídica, segundo a qual há institutos jurídicos idênticos quando o nível de desenvolvimento cultural é igual<sup>117</sup>. E assim, por fim, o materialismo histórico marxista, para o qual o Direito é apenas uma construção de procedimentos materiais. Mais do que um resultado de experiência prática, essa exposição também se encontra em uma obra alemã sobre Direito Comparado, na qual a “*praesumptio similitudinis*” é indicada como tema de pesquisa de direito comparado<sup>118</sup>. Em todos esses trabalhos há o perigo de que o caminho escolhido determine o resultado: sendo os critérios comparativos apenas suficientemente abstratos, permite-se descobrir aspectos em comum também quando, em verdade, predominam diferenças.

Duas tendências fazem com que haja uma maior convergência entre ordens jurídicas, quais sejam, a harmonização de procedimentos econômicos e societários, ao menos nos países industrializados ociden-

110. Ver PAUL KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 4, München 1986, 136; ao contrário ZAJTAY (nota 82), 369-371.

111. Conf. 17 U.S.C. §§ 902 (a) (2), 914. Sobre isso ver ULRICH JOOS/RAINER MOUFANG, *Neue Tendenzen im internationalen Schutz des geistigen Eigentums*, GRUR Int. 1988, 887-905, 892.

112. Ver informações atuais GRUR Int. 1989, 597.

113. Semelhante ocorreu com o desenvolvimento da exploração oceânica: aqui os Estados industrializados ocidentais, liderados pelos Estados Unidos e a República Federal da Alemanha, instituíram um regime provisório de exploração oceânica com o auxílio de leis unilaterais e o reconhecimento recíproco de autorizações, antes ainda que pudesse entrar em vigor a norma resultante da Convenção sobre direito marítimo de 1982, assinada pela maioria dos países em desenvolvimento. Ver detalhes em JENS-LIEHNHARD GASTER, *Zur Regelung von Überlappungskonflikten im Tiefsee-Bergbau*, in: *Gedächtnis für Karl Wilhelm Geck*, Köln, u.a. 1989, 229-274, assim como HANS-JÜRGEN PUTTFARKEN, *Tiefsee-Bergbau*, *Neues deutsche-amerikanisches Recht - neue international-rechtliche Probleme*, RIW-AWD 1981, 449-458.

114. FRITZ FREIHERR VON SCHWIND, *Wandlung von Ehe und Familie im Spiegel internationaler Abkommen*, in: *Festschrift für Günther Beitzke*, Berlin u.a. 1979, 721-737, 737: “até agora não se sabe ao certo quais são as forças que produzem corrente elétrica e contra-corrente”.

115. Ver LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, Band I, Köln u.a. 1971, em particular p. 145-159, onde constam diferentes teorias da evolução.

116. GIOGIO DEL VECCHIO, *Voraussetzungen und bewertungskriterien in Rechtsvergleichung*, ZVerglRWiss 64 (1962), 1-14, sobretudo pgs. 5-8.

117. Ver o estudo programático de BERNHÖFT, *Über Zweck und Mittel der vergleichenden Rechtswissenschaft*, ZVerglRWiss 1 (1878), 1-38, 33, 36.

118. KONRAD ZWIEGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band 1, 2. Aufl. 1984, 41.

tais, e a implementação e intensificação mundiais da troca de informações.

### A. Relações de vida comparáveis

A crescente interdependência internacional das economias nacionais, do crescimento do intercâmbio cultural e, com isso, o nivelamento das relações de vida resultou em desenvolvimentos paralelos múltiplos no Direito, em particular nos Estados Unidos e nos Estados da Europa Ocidental. Para os mesmos problemas encontram-se soluções semelhantes. A divulgação de idéias, a inclinação ou a necessidade de imitação, a tendência a políticas jurídicas similares e sua discussão em corporações internacionais levaram a um entrelaçamento ainda não desvendado de influências mútuas e difusas, que desaguarão em regramentos convergentes. E esses desenvolvimentos paralelos situam-se em vários níveis: nos movimentos comuns de política legislativa, como o da desregulamentação como reação ao excesso de normas, mas também em campos isolados do Direito, como é o caso das disposições sobre cartéis, o direito do consumidor ou a proteção ambiental. E esse processo não foge nem ao Direito de Família – campo considerado

particularmente popular e impróprio para a harmonização jurídica consciente<sup>119</sup>. Assim, talvez o aumento de relações conjugais não derivadas do matrimônio, presentes sobretudo nas sociedades industrializadas, seja matéria passível de comparação. A convergência orienta-se no sentido de um casamento civil facultativo, em razão do sucesso do princípio da dissolução com o direito ao divórcio<sup>120</sup>, e da efetivação da adoção em busca do bem-estar da criança<sup>121</sup>. E, no caso dos filhos ilegítimos, teve-se a oportunidade de estudar no âmbito do Conselho Europeu um interessante jogo entre o Direito de Família e Sucessões nacional e os direitos fundamentais internacionais, quando do julgamento do conhecido “Caso Marchx” pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em Strasbourg: o fato de nenhum Estado signatário da Convenção ter abolido a antiga discriminação a respeito serviu de estímulo ao plenário para desencadear na Europa um processo de reforma, estendendo, em interpretação “dinâmica”, a proteção do Direito de Família também ao filho ilegítimo<sup>122</sup>. Visto de perto trata-se de um metódico e exitoso ato de coragem, sendo tal tese a partir de então aceita. E graças a grande autoridade da Corte de Justiça, os tribunais nacionais evoluíram mais cedo ou

119. Assim KEGEL (nota 8) e KAHN-FREUND (nota 14), 141; conf. LUTHER (nota 13), 265, que dominou o ceticismo inicial em relação à uniformização do Direito de Família; ERIC STEIN, *Einheitlichkeit und Verschiedenheit des Rechts bei geteilter Macht - die amerikanische Erfahrung*, *RabelsZ* 50 (1986), 166-192, 181, nota 39, sustenta que o casamento e o divórcio já em 1892, com a fundação da Conferência Nacional, foram considerados matérias adequadas para a elaboração de leis-modelos; WATSON (nota 17), 38, finalmente exemplifica historicamente que as normas de Direito de Família também foram freqüentemente objeto de recepção e com bons resultados.

120. Com relação à Europa ver GROSSEN/VON OVERBECK (nota 31); com relação aos Estados Unidos, STEIN (nota 119), 179-188.

121. Ver “L'adoption dans des principales législations européennes”, *Heft 3 der R.I.D.C.* 1985.

122. Decisão da Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 13.6.1979, *EuGRZ* 1979, 454.

mais tarde por essa linha, tendo a Holanda, inclusive, o feito com efeito retroativo<sup>123</sup>.

### B. Influências recíprocas

A experiência tem demonstrado que o Direito não está de forma alguma limitado a uma papel passivo nesses desenvolvimentos paralelos. Ao contrário, destacam-se os esforços empreendidos pelas organizações internacionais, a constante troca de informações em nível internacional e a considerável influência do Direito Comparado na aproximação de ordenamentos jurídicos.

A elaboração de projetos de lei com base no Direito Comparado pode contribuir para a aproximação jurídica, ainda que se limite, na prática, apenas à consulta sobre o Direito Estrangeiro por via telefônica<sup>124</sup>. Também quando não houver empréstimos diretos, toda e qualquer observação do desenvolvimento jurídico de um outro país fará com que se expandam os modelos, cujo resultado tenha sido exitoso, de forma que determinadas tendências possam ser adotadas e que o processo de aproximação seja estimulado, mesmo que com isso haja

um certo relaxamento nas ligações até então estreitas em um círculo jurídico, como ocorreu com a elaboração do Código Civil Português e Holandês. Esse processo foi denominado por Zweigert de “aproximação por caminhos planos e silenciosos”<sup>125</sup>.

A troca de informações desempenha um papel decisivo. Por isso, o Conselho Europeu propôs, já em resolução datada de 1969, que, quando da elaboração de projetos de leis, fossem considerados não apenas os regramentos dos países vizinhos de mesma língua, mas também, tanto quanto possível, outros ordenamentos jurídicos, impedindo assim o surgimento de novas divergências<sup>126</sup>. E nos projetos do governo deveriam ser apresentadas as normas de outros Estados e os motivos para desvios substanciais das mesmas.

Essa recomendação foi levada em consideração até há bem pouco tempo por um dos Estados-membros. No entanto, algumas vezes, pode-se verificar pouca disposição à indicação dos exemplos adotados quando da elaboração de projetos de governo, como pareceu ocorrer nos países escandinavos. E é exatamente tal fato que

123. Ver, por exemplo, HOGE RADD, 18.1.1980 (*Gerichtsverfügung vom 17.4.1979*), *EuGRZ* 1980, 213-215 (Anm. ALKEMA), *Rd Gent*, 20.11.1980 (*Erbfall 23.10.1978*) *Rechtskundig Weekblad* 1980-81, 2328 und *Rb Brüssel*, 29.3.1983, *Rechtskundig Weekblad* 1983-84, 454 (Anm. PINTENS).

124. Segundo LOEWE (nota 67), o significado do Direito Comparado quando da elaboração de um direito unificado internacional é superestimado: “nós nos valemos muito do Direito Comparado na elaboração do direito nacional, porém em menor grau, quando se trata da elaboração de direito internacional”. No primeiro caso, telefona-se para dez amigos dos diferentes Ministérios de Justiça e pergunta-se como vem sendo solucionada determinada questão nos seus respectivos países, tendo-se desde logo uma idéia do que eles podem nos oferecer” (*Diskussion*, 138).

125. KONRAD ZWIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, *RabelsZ* 15 (1949-1950), 5-21, 11. DROBNIG/DOPFFEL (nota 95), 264: “aproximação jurídica tácita”. E esse processo não fugiu sequer à jurisprudência; conf. JOHN USHER, *The Indirect Influence of Principles of European Community Law in the United Kingdom*, *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut Nr. 124*, Saarbrücken 1988, assim como WILLIBALD POSCH, *Angleichung der Rechtskulturen durch internationale Rechtsvereinheitlichung*, *Das englische Beispiel*, in: SCHÄFFER (nota 67), 165-168.

126. Essa resolução (69) 32 baseia-se em uma proposta do Ministro da Justiça austríaco da época de Klecatsky, conforme Council of Europe, *Legal Cooperation in Europe*, Nr. 2 (Jan, 1970), 18.

faz com que os contextos sejam omitidos e que se presuma a ocorrência de paralelismos ocasionais, onde na realidade, trata-se de uma troca.

Esse esboço dos caminhos para a aproximação jurídica autônoma – a coope-

ração espontânea, testada e aprovada, a recepção reiterada em vários países e o paralelismo evidente – demonstra um certo desenvolvimento em nível internacional, no qual também se insere a recepção do direito da Comunidade Européia nos Estados-membros do EFTA (\*).

# A Disciplina do Direito de Recesso no Projeto de Reforma da Lei das Sociedades Anônimas

*Paulo Lucena de Menezes*

Advogado em São Paulo, sócio da Advocacia Gandra Martins

## I. Introdução<sup>1</sup>

A Lei nº 6.404/76, que disciplina o regime jurídico das sociedades por ações, surgiu em um contexto particular, quando se buscavam novas soluções para o desenvolvimento do País.

O referido diploma, como é notório, veio na esteira de uma profunda reforma legislativa, que teve início na década de 60 e resultou no delineamento de tópicos estruturais do ordenamento jurídico pátrio, como é o caso, entre outros, do sistema financeiro (Lei nº 4.505/64) e tributário (Lei nº 5.172/66), bem como da disciplina aplicável ao capital estrangeiro (Lei nº 4.131/62). No entanto, como não poderia deixar de ser, na elaboração do texto legal foram adotados diversos paradigmas, que, por apresentarem opções políticas bastante nítidas, terminaram por causar grande polêmica à época.

Passados exatos vinte anos, constata-se que o diploma encontra-se em vias de ser alterado, com o objetivo de adaptá-lo a uma nova realidade. A passagem do tempo, contudo, não colocou este processo de revisão a salvo de contestações, mas, ao invés, reacendeu discussões sobre aspectos extremamente relevantes.

Em um primeiro plano, observa-se que a própria necessidade e conveniência de se alterar o diploma em vigor são, no momento, discutíveis.

Com efeito, além dos temores que cercam qualquer proposta legislativa que tenha por objeto a alteração de um relevante texto legal pátrio, em face, entre outros motivos, da atuação de grupos de pressão, alega-se que a Lei nº 6.404/76 já foi, em grande medida, passada a limpo pela doutrina e jurisprudência dos tribunais. Assim, tem-se indagado, com absoluta

(\*) A segunda parte deste artigo será publicada no próximo número e tem como título "A harmonização jurídica entre os países integrantes da Comunidade Européia e do EFTA".

1. Trabalho apresentado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na disciplina "Sociedades Mercantis no Direito Comparado II: Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada e Sociedade por Ações".



propriedade, sobre a existência de justificativas plausíveis que autorizariam a mencionada revisão do diploma, notadamente no que tange à relação existente entre os fins visados e os respectivos fundamentos.

Com relação a este tópico, nota-se que muitos dos defeitos atribuídos ao texto não dizem respeito, em grande parte, ao seu conteúdo, mas a sua má aplicação, pelo que melhores resultados poderiam ser alcançados sem qualquer alteração substancial da lei em pauta. Neste sentido, por exemplo, as críticas relativas à dificuldade de compreensão e aplicação do diploma pelo Poder Judiciário, seja em razão de sua especificidade técnica, ou mesmo da urgência em se solucionar determinados problemas societários em um mundo cada vez mais dinâmico, poderiam ser superadas, em parte, com a implementação de um sofisticado sistema de arbitragem, que a recente Lei nº 9.307/96 deve propiciar.

Outrossim, se o que se busca é o estímulo ao desenvolvimento do mercado de valores mobiliários, qualquer proposta de lei, para apresentar resultados concretos e satisfatórios, deverá voltar-se para medidas que reforcem a credibilidade dos potenciais investidores no aludido mercado – hoje tão debilitada –, o que não se obtém, à evidência, pela análise das companhias como entes isolados de um universo mais amplo.

Por outro lado, nota-se que mesmo aqueles que admitem a necessidade de uma revisão discutem sobre o exato alcance que

tal expediente deve observar. Neste particular, alguns sustentam a necessidade de uma ampla reforma, mediante a edição de um novo e único diploma, que deveria apenas aprimorar alguns dispositivos, conservando os preceitos da lei anterior que não exijam modificações, como medida de preservação da identidade e coerência do sistema<sup>2</sup>, enquanto outros sustentam a conveniência da reforma parcial da lei, por intermédio de pequenas e sucessivas alterações, o que permitiria uma adaptação constante, gradual e menos traumática do texto, tal como é observado em outros tradicionais diplomas de nosso ordenamento jurídico<sup>3</sup>.

Em que pesem as posições doutrinárias divergentes, observa-se que três relevantes projetos de lei foram apresentados com o escopo de alterar a Lei das Sociedades Anônimas, quais sejam: um amplo projeto de revisão proposto pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que busca substituir, por completo, a lei vigente, e dois projetos menores, que visam à alteração de tópicos específicos da Lei nº 6.404/76, sendo que um foi igualmente elaborado no âmbito da CVM, ao passo que o outro é de autoria do Deputado Federal ANTÔNIO KANDIR.

O primeiro projeto, como destacado, busca disciplinar totalmente a matéria, mediante o aproveitamento de determinados dispositivos da Lei nº 6.404/76, que são complementados por algumas inovações,

como é o caso da modificação das relações entre os auditores independentes e os acionistas (art. 122, X e § 3º) e a nova disciplina do acordo de acionistas (art. 118). No entanto, em razão da resistência quanto a determinadas modificações, bem como da extensão do projeto, o mesmo encontra-se praticamente paralisado.

O segundo projeto mencionado, por sua vez, busca a reformulação dos capítulos que tratam das demonstrações financeiras e contábeis, seguindo as diretrizes e padrões contábeis que são atualmente adotados no plano mundial, o que guarda correspondência com o processo de globalização em curso.

Já o Projeto de Lei nº 1.564/96, apresentado pelo Deputado ANTÔNIO KANDIR, conforme dispõe a própria exposição de motivos, visa a ajustar a Lei das Sociedades Anônimas a um novo cenário.

Como explicitado no Projeto, referida lei teria sido editada em um panorama marcado por uma economia fechada, onde o Estado era o grande financiador das empresas, mediante a instituição de incentivos fiscais ou a obtenção de recursos junto às instituições financeiras estrangeiras, o que não mais se verifica no plano concreto. Por conseguinte, as mudanças propostas voltam-se para o mesmo objetivo inicial da Lei nº 6.404, consistente no fomento do mercado de capitais, mas em um ambiente

diverso, marcado pela globalização, pela concorrência acirrada, pela necessidade de privatização – que em algumas passagens do projeto é tratada, incorretamente, como desestatização – e, ainda, pela capitalização das empresas, sem a dependência de recursos estrangeiros.

Essas metas seriam alcançadas mediante o estabelecimento de um equilíbrio entre os interesses dos acionistas controladores e dos minoritários, tal como foi feito, em particular, no direito norte-americano. Sob este prisma, um dos pontos-chaves do projeto é a reformulação do direito de recesso – que será o objeto de análise do presente estudo – e outras medidas paralelas, das quais a mais importante é a revogação da obrigatoriedade de oferta pública por ocasião da alienação do controle<sup>4</sup>.

Ocorre que as propostas apresentadas, por representarem restrições aos direitos de acionistas minoritários, têm gerado alguns sérios questionamentos, pelo que merecem uma investigação mais profunda.

## II. O direito de recesso na lei nº 6.404/76 e as modificações promovidas pela lei nº 7.958/89

O direito de recesso, como é cediço, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 3.708/19, tendo

2. Cf. JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, "A Revisão da Lei das Sociedades Anônimas", in *Sociedades Anônimas – I Ciclo de Conferências para Magistrados*, obra coletiva, EMERJ/IBCB, 1993, págs. 163 e seguintes.

3. Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A Reforma do Código de Processo Civil*, Malheiros, 1995, págs. 28/30.

4. Esta medida já era proposta por JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA (in "A Revisão da Lei das Sociedades Anônimas", ob. cit., pág. 171). Sobre a conveniência ou não da mudança, confrontem-se as justificativas da proposta com os posicionamentos doutrinários de FÁBIO KONDER COMPARATO (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, RT, 1977), MAURO RODRIGUES PENTEADO (*Apontamentos sobre a Alienação do Controle de Companhias Abertas*, in *Revista de Direito Mercantil* nº 76, 1989, págs. 15 e seguintes) e GUILHERME DORING CUNHA PEREIRA (*Alienação do Poder de Controle Acionário*, Saraiva, 1995, págs. 211 e seguintes).

sido posteriormente incorporado pelas regras aplicáveis às companhias, em 1932.

Embora muito se tenha discutido sobre a natureza e os fins visados, entende-se que o mesmo não visa a favorecer os sócios minoritários ou a própria empresa. Nas palavras de RAQUEL SZTAJN, o recesso é um mecanismo neutro, "voltado para a realidade societária, que permite a cada membro, dentro do jogo de interesses internos, garantir sua liberdade de permanecer ou não associado, sem recorrer à dissolução da sociedade"<sup>5</sup>.

A particularidade do instituto, no tocante às sociedades anônimas, é que, em razão da dicotomia administrador/investidor, que para RALF DAHRENDORF, inclusive, foi um dos motivos do malogro das idéias marxistas, o interesse tutelado, na situação particular, é o do capitalista, e não o do empresário<sup>6</sup>, o que desloca o enfoque do problema, quando da sua disciplina jurídica.

No caso específico da Lei nº 6.404/76, constata-se que o diploma, embora não tivesse por finalidade precípua a tutela dos acionistas minoritários, mas o desenvolvimento do mercado de capitais, ampliou o elenco dos fatos que autorizam o recesso. Neste sentido, o diploma veio a consagrar tal direito nas hipóteses elencadas no art. 137<sup>7</sup>, que a doutrina entende como sendo

*numerus clausus*. Assim, foram contempladas todas as matérias sujeitas à aprovação por *quorum* qualificado, nos termos em que previstos no art. 136, exceto a criação de partes beneficiárias.

Por força das diretrizes fixadas, ao acionista restou assegurado permanecer na sociedade apenas se mantidas as mesmas prerrogativas existentes no momento de seu ingresso<sup>8</sup>.

No entanto, com o advento da Lei nº 7.958, de 20 de dezembro de 1989, conferiu-se ao direito de recesso uma nova disciplina jurídica, suprimindo-se a possibilidade de o acionista dissidente retirar-se da sociedade nos casos de deliberações majoritárias que tenham autorizado a "incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão" (inciso VI) ou a "participação em grupo de sociedade" (inciso VIII). O intuito de tais alterações, nos termos vertentes da exposição de motivos do Projeto de Lei do Senado nº 182/89, decorre do fato que "tais providências, quando decididas pelos sócios, são salutares e benéficas para o desenvolvimento dos negócios sociais, não justificando, sobretudo na incorporação ou fusão, a retirada do dissidente através do processo desgastante da apuração do patrimônio líquido, muitas vezes usado abusivamente para, através da criação de embaraços, obter-se vantagens indevidas"<sup>9</sup>.

5. "O direito de recesso nas sociedades comerciais", in Revista Mercantil nº 71, 1988, pág. 53.

6. Cf. FÁBIO KONDER COMPARATO, ob. cit., pág. 240.

7. Além destas situações, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO acrescentam as hipóteses dos arts. 221, 236, parágrafo único, 256, § 2º, 296, § 4º, e 252, § 2º, (*Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, José Bushatsky, 1979, vol. 1, pág. 285).

8. Cf. ANTÔNIO JESUS MARÇAL ROMEIRO BCHARA, *Comentários à lei das sociedades por ações*, obra coletiva, Resenha Tributária, 1986, vol. 5, pág. 337.

9. *Apud* ALFREDO LAMY FILHO, *A Lei das S.A.*, co-autoria com JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, Renovar, 1996, vol. II, pág. 349.

O próprio Senador EDISON LOBÃO, autor do projeto em tela, deixou registrado que tinha por escopo "defender a agilidade das sociedades anônimas e evitar que os pequenos acionistas embarquem a vida dinâmica das empresas".

Como não poderia deixar de ser, as modificações promovidas pelo diploma legal geraram imensa celeuma, à época, agravadas pela alegação de casuismo, em razão da denúncia de que a alteração legislativa visaria a beneficiar determinadas empresas, e do trâmite do Projeto de Lei, extremamente discreto, considerando-se a importância de seu conteúdo.

As repercussões não ficaram restritas ao meio empresarial, chegando a atingir o próprio senador maranhense, que procurou retratar-se em artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo*; o Consultor da República, que manifestou a sua indignação à inovação verificada; e até mesmo o Presidente da República, que alegou ter sancionado o projeto imbuído de boa-fé<sup>10</sup>.

Ainda que perfunctoriamente, é importante lembrar o debate que tal alteração legislativa gerou, posto que o tópico é objeto de referência expressa do Projeto de Lei nº 1.564/96, além do substitutivo apresentado ao mesmo prever expressamente a revogação da mencionada Lei nº 7.958/89.

No âmbito doutrinário, tão logo o Projeto de Lei do Senado nº 182/89 foi

aprovado, diversos juristas levantaram-se contra a mencionada alteração legal, salientando que se tratava de evidente retrocesso, efetuado em desacordo com as tendências de proteção dos acionistas minoritários existentes no plano mundial. Visando a essa comprovação, diversos argumentos foram apresentados.

Alegou-se, em primeiro lugar, que o direito de recesso é uma modalidade de direito individual, inderrogável até mesmo por lei expressa.

A base deste entendimento estaria no art. 109 da Lei nº 6.404/76, que estabelece como direitos intangíveis dos acionistas: a) o direito de participar dos lucros; b) o direito de participar no acervo da empresa, em caso de liquidação; c) direito de fiscalização da gestão dos negócios; d) o direito de preferência, em determinadas circunstâncias; e e) o direito de recesso nos casos previstos em lei.

Ocorre que, como bem destacou JORGE LOBO, apenas os três primeiros direitos mencionados "não podem ser modificados ou suprimidos por lei expressa, pois decorrem da própria natureza das sociedades de fins econômicos e lucrativos"<sup>11</sup>.

No tocante ao direito de recesso, porém, tal interpretação não se aplica, seja pelo conteúdo inerente ao direito em pauta, como também pelo fato de o próprio inciso V do art. 109 condicionar o seu exercício a expressa e prévia previsão legal.

10. As suspeitas e particularidades da aprovação do diploma são analisadas em detalhes por MAURO RODRIGUES PENTEADO no estudo "A Lei 7.958/89 e a pretensa modificação do direito de retirada dos acionistas: uma discussão inócua", Revista de Direito Mercantil nº 77, RT, 1990, págs. 30 e seguintes.

11. *Direito de retirada nos casos de fusão, incorporação, cisão e participação em grupos de sociedades*, Revista dos Tribunais nº 664, 1991, pág. 46.

Sustentou-se, outrossim, que o direito de recesso, nas hipóteses fáticas previstas, consistiria em um direito adquirido.

Esse posicionamento também mostrou-se frágil, pois somente há direito adquirido quando alguém incorpora algo ao seu patrimônio – econômico ou moral – antes de entrar em vigor a lei nova, o que não se deu no caso concreto. Para alguns doutrinadores, ter-se-ia, quando muito, uma expectativa de direito, que não veio a se concretizar em razão da não-ocorrência do fato deflagrador do mesmo. Assim sendo, não estaria essa hipótese protegida pelo ordenamento jurídico<sup>12</sup>.

Já como terceiro argumento, destacou-se que, em virtude de a mencionada Lei nº 7.958/89 não ter revogado expressamente os artigos 225, IV, 230 e 270 da Lei nº 6.404/76, que igualmente versam sobre o direito de recesso, as situações previstas nos incisos VI e VIII do art. 136 continuariam em vigor.

Esta corrente sustenta que, em face da existência de outras previsões na Lei das Sociedades Anônimas que versam sobre o tópico e não foram derogadas, a matéria continuaria a receber o mesmo tratamento legal até então existente, embora a intenção do legislador fosse conhecida e inequivocamente distinta.

Entre os diversos estudiosos que se manifestaram neste sentido, pode-se des-

tacar o trabalho pioneiro de MAURO RODRIGUES PENTEADO<sup>13</sup>, que foi seguido por RUBENS APPROBATO MACHADO<sup>14</sup> e MODESTO CARVALHOSA<sup>15</sup>.

Embora o entendimento dos ilustres juristas seja não apenas coerente como também louvável, considerando-se o direito que buscam resguardar, releva destacar que parcela da doutrina terminou por acatar orientação diversa, sustentando que, embora indesejáveis e eventualmente injustas, as determinações vertentes da Lei nº 7.958/89 são inatacáveis.

A orientação contrária demonstra que, além de ser conhecida a real intenção do legislador (*mens legislatoris*), os mencionados preceitos da Lei nº 6.404/76 que não foram derogados (arts. 225, 230 e 270) são disposições secundárias e acessórias do art. 137. Dessa forma, seguindo-se a melhor técnica de hermenêutica, e em consonância com o disposto no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, tem-se que a alteração do principal implica a correspondente alteração do dependente. Outrossim, o art. 3º da Lei nº 7.858/89, observando orientação rotineira, revogou expressamente as disposições em contrário.

Entre os adeptos dessa linha de argumentação encontram-se JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA<sup>16</sup>, JORGE

12. Para ARNOLD WALD, "a simples expectativa não autoriza nem mesmo a prática de atos conservatórios, constituindo mera esperança" (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, RT, vol. 1, 1987, pág. 165).

13. Ob. cit., págs. 30 e seguintes.

14. "Sociedade por Ações – Incorporação, Fusão e Cisão – Direito de Retirada", in *Revista de Direito Mercantil* nº 82, RT, 1991, pág. 54.

15. "A Lei nº 7.958, de 20.12.89, e o direito de retirada dos acionistas dissidentes", in *Revista de Direito Mercantil*, nº 96.

16. Ob. cit., págs. 352 e seguintes.

LOBO<sup>17</sup>, JOAQUIM ANTÔNIO PENALVA SANTOS<sup>18</sup>, ALFREDO LAMY FILHO<sup>19</sup> e WALDIRIO BULGARELLI<sup>20</sup>.

No plano jurisprudencial, esse impasse ainda persiste, existindo decisões favoráveis tanto à primeira linha de argumentação<sup>21</sup>, que sustenta a não-derrogação da Lei nº 6.404/76 pela Lei nº 7.958/89, como à segunda<sup>22</sup>.

### III. A disciplina do direito de recesso no projeto de lei nº 1.564/96

O fato, porém, é que o Projeto apresentado pelo Deputado KANDIR vai de encontro à Lei Lobão, destacando-a como um dos motivos a exigir reparos na Lei das Sociedades Anônimas.

Como conta da justificativa do Projeto, essa discussão sobre a efetividade da Lei Lobão terminou por gerar um duplo dilema: deixou os acionistas minoritários completamente sem respaldo, ao mesmo tempo que não assegurou aos majoritários uma posição confortável para fazer as mudanças necessárias. Por tais motivos, o Projeto visa a reintroduzir o direito de retirada, mas de forma diversa do que figurava no texto original da lei.

Apreciando-se a matéria de forma articulada, pode-se apontar as seguintes propostas:

a) alteração do art. 136 da Lei, reenumerando-os e subdividindo-os, salvo o disposto no inciso IV, no qual passa a ser exigido *quorum* qualificado não mais para *alterar* o dividendo obrigatório, mas para *reduzi-lo*.

Já o § 1º do preceito é alterado para fazer constar que a validade de deliberações que afetem as ações preferenciais depende de ratificação ou aprovação dos acionistas minoritários efetivamente prejudicados. Outrossim, é fixado o prazo de um ano para que qualquer providência seja tomada neste sentido.

b) A segunda alteração alcança diretamente o art. 137 da Lei, estabelecendo:

a. nos casos dos incisos I e II do art. 136, somente terá direito de recesso o titular de ações de espécies ou classes *prejudicadas*;

b. é restaurado o direito de recesso na hipótese de participação em grupo de sociedades;

c. restringe-se o direito de recesso, ao eliminar expressamente os casos de ci-

17. Ob. cit., pág. 49.

18. "Incorporação, fusão e cisão – Protocolo – Ato de acesso", in *Sociedades Anônimas – I Ciclo de Conferências para Magistrados*, ob. cit., pág. 124.

19. Ob. cit., pág. 352.

20. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*, Atlas, 1996, pág. 237.

21. Cf. Decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, avaliada por PAULO SALVADOR FRONTINI, in *Revista de Direito Mercantil* nº 86, págs. 74 e seguintes.

22. A matéria foi apreciada pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná (Apelação Cível nº 44.249, Rel. Des. OSIRIS FONTOURA).

são (o que já havia sido efetuado pela Lei Lobão), dissolução ou cessação do estado de liquidação, sendo apresentadas como justificativas:

– quanto à cisão, segundo o que dispõe o Projeto, o acionista passa a permanecer com a mesma participação acionária que tinha na empresa cindida, ao contrário do que se dá nos casos de incorporação e fusão. Este aspecto implica as alterações dos arts. 223 (cisões de companhias abertas devem gerar necessariamente companhias abertas) e 230, § 5º.

Nesta passagem, nota-se que a proposta afasta-se do modelo americano, que é citado como referência no Projeto, na medida em que confere tratamento diferenciado para a cisão e a incorporação, além, evidentemente, da exclusão do direito de recesso<sup>23</sup>;

– quanto à dissolução, porque o pagamento dos reembolsos é a decorrência natural do processo;

– quanto à cessação do estado de liquidação, porque não há fundamento econômico que o justifique<sup>24</sup>;

d) propõe o direito de retirada nos casos de fusão e incorporação, mas somente para acionista de a) companhias fechadas; b) empresas abertas com ações não negociadas em bolsa ou no mercado organizado; e c) empresas abertas cujas ações

não tenham liquidez nestes mercados, segundo critérios que seriam fixados pela CVM.

A orientação adotada tem como pressuposto a noção de que a fusão e a incorporação pouco afetam as companhias com ações de liquidez em bolsa de valores e mercado de balcão, onde os acionistas podem negociá-las, caso entendam que os aludidos procedimentos são contrários aos seus interesses. Segundo o autor do Projeto, o que se busca é definir os limites e condições para o exercício do direito de recesso, mas sem criar obstáculos a processos de “reorganização societária” que se façam necessários.

No entanto, embora referido procedimento ampare-se na experiência estrangeira, a sua aplicação no direito pátrio é temerária.

No tocante ao modelo americano, que é citado como referência no Projeto, ensina o Prof. ROBERT CHARLES CLARK, da prestigiada Universidade de Harvard, que o direito de recesso está tradicionalmente associado, de um lado, às operações de fusão, ou mesmo à venda ou transferência de parte substancial dos ativos das empresas, em dissonância com o curso normal dos negócios, ou, então, às alterações do estatuto social que afetem os direitos de acionistas minoritários<sup>25</sup>.

As regras aplicáveis variam segundo as diversas jurisdições, mas normalmente é exigido que o acionista dissidente tenha votado contra a operação questionada, demonstrando a sua contrariedade para com a deliberação majoritária. Nesta hipótese, aguarda-se a oferta de um preço justo pela sua participação acionária, que, não ocorrendo, fatalmente leva à discussão em juízo do referido valor.

Como estes processos são morosos e caros, as previsões legais mais recentes têm estabelecido a obrigatoriedade de a empresa pagar de imediato o montante que entende devido, apresentando as informações que serviram de substrato para a valoração<sup>26</sup>.

Como justificativa para a existência deste direito, porém, são apresentados dois argumentos relevantes.

Em primeiro lugar, se um indivíduo compra ações de uma empresa, espera-se que ele permaneça vinculado àquele empreendimento específico. Isto é, não se pode obrigar<sup>27</sup> que um acionista que adquiriu ações de uma editora seja surpreendido por uma mudança radical dos acionistas majoritários, que decidem transformá-la em uma empresa de exploração agropecuária (*defeated expectations argument*). Neste contexto, o direito de recesso permite a continuidade de determinados empreendimentos, em consonância com a deliberação majoritária, mas ressalva os

interesses daqueles que não pretendem e/ou pretendiam realizar determinados investimentos.

Por outro lado, algumas operações específicas, como é o caso da fusão, envolvem determinados riscos, que são inerentes às mesmas, nos quais os minoritários tendem a receber um tratamento desigual. Neste particular, o direito de recesso emerge como uma solução intermediária, a título de contraprestação.

Contra o direito de recesso, todavia, além de dois argumentos tradicionais<sup>28</sup>, é citado o modelo ora adotado pelo Projeto (*stock market exception*).

Com efeito, vinte e três estados americanos adotam o sistema que proíbe o direito de recesso quando as ações dos acionistas minoritários podem ser negociadas livremente no mercado de valores mobiliários. Esta teoria, a rigor, ampara-se no fundamento de que o direito de recesso é desnecessário quando existe um mercado de valores mobiliários aberto.

No entanto, existe um forte movimento contrário a esta orientação, com base no argumento de que este procedimento, mesmo nos Estados Unidos, não permite aos minoritários obter um preço justo pelas suas ações, posto que o valor que o mercado de ações oferece, além de poder ser manipulado, baseia-se em outras referências (v. g.

23. Para uma análise mais minuciosa do assunto, vide estudo de MAURO BRANDÃO LOPES (*A cisão no direito societário*, RT, 1980, págs. 238 e seguintes).

24. A matéria é enfocada, entre outros, por MAURO RODRIGUES PENTEADO, in “Dissolução e liquidação de sociedades”, Brasília Jurídica, 1995.

25. *Corporate Law*, Boston; Little, Brown and Company, 1996, págs. 443 e seguintes.

26. STANLEY SIEGEL, *Corporations and other Business Organizations*, in “*Fundamentals of American Law*”, obra coletiva, New York University School of Law, 1996, pág. 363.

27. No direito brasileiro, esta orientação emana, inclusive, de dispositivo constitucional (art. 5º, XX).

28. Alegam-se que (1) existem outras operações de riscos, além daquelas habitualmente admitidas pelos tribunais, que não geram direito de recesso, devendo-se salientar, ainda, os (2) efeitos negativos decorrentes dos pagamentos efetuados, às vezes até de forma abusiva, aos minoritários (*cash drain argument*).

informações disponíveis sobre as empresas), que não o próprio patrimônio da empresa. Em outras palavras, o mercado de valores mobiliários não é sensível, e por conseguinte não reflete, necessariamente, a diferença que pode existir entre o preço e o valor das ações.

Tanto é, que esta exceção foi eliminada do *Model Business Corporation Act*, de 1978, diante da constatação de que, nestas hipóteses, notadamente no período de 1974/1975, várias companhias aproveitaram-se da queda verificada nos preços dos valores mobiliários e compraram em bolsa suas próprias ações de acionistas minoritários<sup>29</sup>.

Daí, alegar-se que este sistema é inconsistente com a real função do direito de recesso, a manutenção de uma reserva de valor (*reservation price*), notadamente quan-

do determinadas operações visam justamente à eliminação de acionistas minoritários<sup>30</sup>.

No caso do Brasil, em particular, as dúvidas sobre a correta aplicação dos preceitos são ainda mais consistentes, na medida em que nosso mercado de valores mobiliários ainda se mostra extremamente vulnerável às manipulações de especuladores.

Ante o exposto, é forçoso concluir que a transposição de institutos alienígenas para o ordenamento jurídico brasileiro, embora tenha sido um expediente adotado pela própria Lei nº 6.404/76, com algum sucesso, não deve iludir os responsáveis, ante a defasagem existente entre a realidade que assola o mercado de capitais no Brasil e outros mais estruturados. No entanto, se as propostas apresentadas, caso sejam acolhidas, vão solucionar os problemas existentes, só a experiência dirá.

29. Cf. FRANK H. EASTERBROOK e DANIEL R. FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Boston, Harvard University Press, 1996, pág. 149.

30. A respeito do tema, confira-se, ainda, os estudos do Prof. DETLEV F. VAGTS (*Basic Corporation Law*, The Foundation Press, New York, 1989, págs. 742/750), da Universidade de Harvard, e do Prof. ROBERT W. HAMILTON (*Corporations*, West Publishings, St. Paul, 1994, págs. 548/557), da Universidade do Texas.